This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

3 2044 103 228 615

Digitized by Google

B.S. Aug 1929

HARVARD LAW LIBRARY

Received Dec 22, 1925.

Digitized by Google

GERMANY

Digitized by Google

Digitized by Google

Engelmann

Der deutsche Civilprozess

Breslau
M. & H. M
1911.

Digitized by Google

Verlag von M. & H. Marcus in Breslau

Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze kommentirt von Dr. J. Meisner, Senatspräsident am Oberlandesgericht in Posen.

I. Band. Allgemeiner Theil . . . . . 4,00 Mk.
II. Band. Recht der Schuldverhältnisse . . . . . 5,00 Mk.
III. Band. Sachenrecht. . . . . 5,00 Mk.

Der Kommentar zum Familienrecht, zum Erbrecht und zum Einführungsgesetze befindet sich in Vorbereitung.

Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts, herausgegeben von Dr. Rudolf Leonhard, ord. Professor der Rechte an der Universität Breslau.

1. Heft: Das neue Gesetzbuch als Wendepunkt der Privatsrechts-Wissenschaft von Prof. Dr. Rudolf Leonhard . . . . . 2,00 Mk.
2. Heft: Die Bedeutung der Anfechtbarkeit für Dritte. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsgeschäft von Dr. Martin Bruck . . 3,00 Mk.
3. Heft: Die Haftung für die Vereinsorgane nach § 31 B.G.B. von Gerichtsassessor Dr. Fritz Klingmüller . . . . . 1,60 Mk.
4. Heft: Der gerichtliche Schutz gegen Besitzverlust nach römischem und neuerem deutschen Recht von Dr. Max Gaertner . . . . . 5,40 Mk.

Tafeln zum Recht der Schuldverhältnisse (Allgemeiner Teil) von Dr. Martin Bruck. . . . . 0,80 Mk.

Diese Tafeln wollen durch graphische Darstellung und Gruppierung zusammengehöriger Gesetzvorschriften, sowie durch Herausschälen der Gegensätze innerhalb der Normen die Uebersicht über den Rechtsstoff erleichtern. Die Tafeln sind sowohl für Studium, als auch für die Orientierung in der Praxis berechnet und geeignet.

Das Recht der Handlungsagenten von Dr. jur. et. phil. Walter Immerwahr. . . . . 4,00 Mk.

Das neue und das alte Handelsgesetzbuch in ihren Abweichungen dargestellt von Landrichter C. Methner. . . . . 1,80 Mk.

Das Miethsrecht nach dem B.G.B. mit besonderer Berücksichtigung des Allgemeinen Landrechts von Landrichter a. D. H. Borcherdt. 2,00 Mk.

Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit erläutert von Oberlandesgerichtsrat Eugen Ebert und Oberlandesgerichtsrat Heinrich Dudek. Gebunden . . . . 2,40 Mk.

Das Margarinegesetz vom 15. Juni 1897 erläutert von Gerichtsassessor Dr. Max Fleischmann . . . . . 1,20 Mk.

Digitized by Google

Arthur Engelmann

Der Deutsche Civilprozeß

Digitized by Google

Der Civilprozeß

Geschichte und System

von

Arthur Engelmann
Oberlandesgerichtsrath

Dritter Band

Der Deutsche Civilprozeß

Breslau
Verlag von M. & H. Marcus
1901

Digitized by Google

Der

Deutsche Civilprozeß

systematisch dargestellt

von

Arthur Engelmann
Oberlandesgerichtsrath

Breslau
Verlag von M. & H. Marcus
1901

Digitized by Google

DEC 22 1925

Digitized by Google

Vorwort.

Das vorliegende Werk bildet den Abschluß eines vor Jahren begonnenen Unternehmens, das sich die Behandlung des Civilprozesses, und zwar seiner Geschichte und seines Systems, zur Aufgabe setzte und dessen einzelne Theile in den Jahren 1889, 1890, 1891 und 1895 erschienen. Dieser letzte Theil giebt eine in sich abgeschlossene Darstellung des jetzt in Deutschland geltenden Civilprozeßrechts. Da die Geschichte des Prozeßrechts in drei Heften behandelt worden ist, welche den mittelalterlich-deutschen, den römischen und den romanisch-kanonischen Civilprozeß mit dessen Weiterentwicklung bis zur Herstellung der deutschen Civilprozeßordnung zum Gegenstande haben, glaubte ich, mich im vorliegenden Bande historischer Rückblicke fast vollständig enthalten zu müssen. Dieser letzte Band will ein dem gegenwärtigen Stande der Wissenschaft entsprechendes Lehrbuch sein und die heranwachsende Juristengeneration zur Beschäftigung mit der noch jungen und sehr interessanten Wissenschaft des Prozeßrechts anregen, zugleich aber auch zu einer dem Sinne unserer Prozeßordnung gerecht werdenden Handhabung des Gesetzes anspornen.

Das Sachregister ist von Herrn Gerichtsassessor Dr. Fleischmann in Halle angefertigt worden, dem ich an dieser Stelle für das Interesse, das er an meiner Arbeit bethätigt hat, meinen Dank ausspreche.

Breslau, den 14. April 1901.

Engelmann.

Digitized by Google

Digitized by Google

Engelmann

Der deutsche Civilprozess

Breslau
M. & H. Ma
1901.

Digitized by Google

Verlag von M. & H. Marcus in Breslau

Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze kommentirt von Dr. J. Meisner, Senatspräsident am Oberlandesgericht in Posen.

I. Band. Allgemeiner Theil . . . . . 4,00 Mk.
II. Band. Recht der Schuldverhältnisse . . . . . 5,00 Mk.
III. Band. Sachenrecht. . . . . 5,00 Mk.

Der Kommentar zum Familienrecht, zum Erbrecht und zum Einführungsgesetze befindet sich in Vorbereitung.

Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts, herausgegeben von Dr. Rudolf Leonhard, ord. Professor der Rechte an der Universität Breslau.

1. Heft: Das neue Gesetzbuch als Wendepunkt der Privatsrechts-Wissenschaft von Prof. Dr. Rudolf Leonhard . . . . . 2,00 Mk.
2. Heft: Die Bedeutung der Anfechtbarkeit für Dritte. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsgeschäft von Dr. Martin Bruck . . 3,00 Mk.
3. Heft: Die Haftung für die Vereinsorgane nach § 31 B.G.B. von Gerichtsassessor Dr. Fritz Klingmüller . . . . . 1,60 Mk.
4. Heft: Der gerichtliche Schutz gegen Besitzverlust nach römischem und neuerem deutschen Recht von Dr. Max Gaertner . . . . . 5,40 Mk.

Tafeln zum Recht der Schuldverhältnisse (Allgemeiner Teil) von Dr. Martin Bruck. . . . . 0,80 Mk.

Diese Tafeln wollen durch graphische Darstellung und Gruppierung zusammengehöriger Gesetzvorschriften, sowie durch Herausschälen der Gegensätze innerhalb der Normen die Uebersicht über den Rechtsstoff erleichtern. Die Tafeln sind sowohl für Studium, als auch für die Orientierung in der Praxis berechnet und geeignet.

Das Recht der Handlungsagenten von Dr. jur. et. phil. Walter Immerwahr. . . . . 4,00 Mk.

Das neue und das alte Handelsgesetzbuch in ihren Abweichungen dargestellt von Landrichter C. Methner. . . . . 1,80 Mk.

Das Miethsrecht nach dem B.G.B. mit besonderer Berücksichtigung des Allgemeinen Landrechts von Landrichter a. D. H. Borcherdt. 2,00 Mk.

Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit erläutert von Oberlandesgerichtsrat Eugen Ebert und Oberlandesgerichtsrat Heinrich Dudek. Gebunden . . . . 2,40 Mk.

Das Margarinegesetz vom 15. Juni 1897 erläutert von Gerichtsassessor Dr. Max Fleischmann . . . . . 1,20 Mk.

Digitized by Google

Arthur Engelmann

Der Deutsche Civilprozeß

Digitized by Google

Der Civilprozeß

Geschichte und System

von

Arthur Engelmann
Oberlandesgerichtsrath

Dritter Band

Der Deutsche Civilprozeß

Breslau
Verlag von M. & H. Marcus
1901

Digitized by Google

Der

Deutsche Civilprozeß

systematisch dargestellt

von

Arthur Engelmann
Oberlandesgerichtsrath

Breslau
Verlag von M. & H. Marcus
1901

Digitized by Google

DEC 22 1925

Digitized by Google

Vorwort.

Das vorliegende Werk bildet den Abschluß eines vor Jahren begonnenen Unternehmens, das sich die Behandlung des Civilprozesses, und zwar seiner Geschichte und seines Systems, zur Aufgabe setzte und dessen einzelne Theile in den Jahren 1889, 1890, 1891 und 1895 erschienen. Dieser letzte Theil giebt eine in sich abgeschlossene Darstellung des jetzt in Deutschland geltenden Civilprozeßrechts. Da die Geschichte des Prozeßrechts in drei Heften behandelt worden ist, welche den mittelalterlich-deutschen, den römischen und den romanisch-kanonischen Civilprozeß mit dessen Weiterentwicklung bis zur Herstellung der deutschen Civilprozeßordnung zum Gegenstande haben, glaubte ich, mich im vorliegenden Bande historischer Rückblicke fast vollständig enthalten zu müssen. Dieser letzte Band will ein dem gegenwärtigen Stande der Wissenschaft entsprechendes Lehrbuch sein und die heranwachsende Juristengeneration zur Beschäftigung mit der noch jungen und sehr interessanten Wissenschaft des Prozeßrechts anregen, zugleich aber auch zu einer dem Sinne unserer Prozeßordnung gerecht werdenden Handhabung des Gesetzes anspornen.

Das Sachregister ist von Herrn Gerichtsassessor Dr. Fleischmann in Halle angefertigt worden, dem ich an dieser Stelle für das Interesse, das er an meiner Arbeit bethätigt hat, meinen Dank ausspreche.

Breslau, den 14. April 1901.

Engelmann.

Digitized by Google

Digitized by Google

Inhaltsverzeichniß.

	Seite
§ 1. Begriff des Civilprozesses	1
Erster Haupttheil. Das Prozeßrecht	4
§ 2. Umfang des objektiven Civilprozeßrechtes	4
I. Die Gerichtsverfassung	5
§ 3. Justizhoheit und Gerichtsbarkeit in Deutschland	5
§ 4. Die freiwillige Gerichtsbarkeit	6
A. Die streitige Gerichtsbarkeit und ihre Organe	9
§ 5. Im Allgemeinen	9
§ 6. Gericht und Richter.	12
§ 7. Die rechtliche Verhinderung des Richters	19
§ 8. Gericht und beauftragter oder ersuchter Richter	22
§ 9. Der Gerichtsschreiber	23
§ 10. Der Gerichtsvollzieher	25
§ 11. Die Rechtsanwälte	26
§ 12. Die Staatsanwaltschaft	30
B. Die Vertheilung der Gerichtsbarkeit unter die Rechtspflegeorgane	32
§ 13. Die Vertheilung der Rechtspflegefunktionen	32
§ 14. Die sachliche Zuständigkeit der Gerichte	34
§ 15. Die örtliche Zuständigkeit	39
§ 16. Vereinbarung des Gerichtsstandes	46
§ 17. Bestimmung des zuständigen Gerichts	47
§ 18. Rechtliche Bedeutung der Zuständigkeit	48

Digitized by Google

C. Die Ausdehnung und Einschränkung der Gerichtsbarkeit 51
§ 19. Die Rechtshülfe 51
§ 20. Ausnahmen von der deutschen Gerichtsbarkeit . . 53
§ 21. Die Gerichtsferien 54

II. Die Normen des Civilprozeßrechts 54

A. Die Rechtsnatur des Civilprozeßrechts 54
§ 22. Der Civilprozeß als Schutzordnung für das Privatrecht 54
§ 23. Civilprozeß, Strafprozeß, Verwaltungsstreitverfahren 57
§ 24. Bethätigung der Parteimacht 60
§ 25. Einschränkungen der Parteimacht 62
§ 26. Oertliche und zeitliche Grenzen des Civilprozeßrechts . 63
§ 27. Rechtspflege und Verwaltung 64
§ 28. Die Justizverwaltung 69

B. Quellen und Literatur des Civilprozeßrechts . . . 70
§ 29. Die Rechtsquellen 70
§ 30. Die Literatur des deutschen Prozeßrechts 72

Zweiter Haupttheil. Der Prozeß 75

I. Das Feststellungs- oder Erkenntnißverfahren 75

A. Erster Abschnitt: Der Prozeßgang 75
a) Die Ordnung des Verfahrens 75

1. Die Reihenfolge der Prozeßhandlungen 75
§ 31. Gliederung des Verfahrens 75
§ 32. Der regelmäßige Gang des Prozesses 81
A. Der Landgerichtsprozeß 82
B. Das Verfahren vor dem Amtsgericht 91
§ 33. Abweichendes Verfahren 93
§ 34. Die besonderen Prozeßarten 96
§ 35. Prozesse mit abweichendem Verfahrensgange . . . 97
§ 36. Verfahrensarten, die nicht Prozesse sind 104

2. Ort und Zeit der Prozeßhandlungen 125
§ 37. Der Gerichtsort 125
§ 38. Die Oeffentlichkeit 126

Digitized by Google

§ 39. Termine und Fristen 128
§ 40. Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens . . 136

b) Die Form des Verfahrens 141
§ 41. Allgemeines 141
§ 42. Die Mündlichkeit 142
§ 43. Beschränkungen der Mündlichkeit durch Verwerthung der Schrift 147
§ 44. Einschränkungen der Unmittelbarkeit des Beweisverfahrens 157
§ 45. Die Gerichtssprache 160
§ 46. Besondere Formen der Parteierklärung 162
§ 47. Die Form der richterlichen Handlungen 167
§ 48. Die Verletzung der Form 175

B. Zweiter Abschnitt: Der Prozeß als Rechtsverhältniß 176
§ 49. Das Wesen des Prozeßrechtsverhältnisses 176
§ 50. Rechtsschutzbedingungen und Prozeßrechtsvoraussetzungen 179
§ 51. Die Begründung und Entwicklung des Prozeßrechtsverhältnisses 183
§ 52. Ueberblick des Folgenden 186

a) Die Parteien und ihre Gehülfen 186
§ 53. Der Begriff Partei 186
§ 54. Die Parteifähigkeit 190
§ 55. Die Prozeßfähigkeit 191
§ 56. Die Streitgenossenschaft 193
§ 57. Die Hauptintervention 196
§ 58. Der Nebenintervenient 197
§ 59. Die Urheberbenennung 201
§ 60. Prozeßbevollmächtigte und Beistände 203

b) Die Prozeßhandlungen 207

1. Die Handlungen der Parteien 207
§ 61. Allgemeines 207

aa. Der Prozeßbetrieb 208
§ 62. Partei- und Offizialbetrieb 208
§ 63. Die Zustellungen und Ladungen im Allgemeinen . 211
§ 64. Die Zustellung auf Parteibetrieb 212
I. Die Zustellung durch den Gerichtsvollzieher . . . 212
II. Zustellung in anderer Weise 218

Digitized by Google

§ 65. Die Zustellung von Amtswegen 220
§ 66. α) die Prozeßbegründung 221
§ 67. Klage und Klageschrift 222
§ 68. Die Rechtshängigkeit 227
I. Die Unveränderlichkeit des Prozeßrechtsverhältnisses . 227
II. Die Unzulässigkeit der ferneren Prozeßbegründung . 234
§ 69. Die Unwirksamkeit des Prozeßbegründungsaktes . 235
§ 70. Der Rücktritt vom Prozeßverhältniß 239
§ 71. β) die Prozeßerledigung 241

bb) Die Prozeßverhandlung 241
§ 72. Allgemeines 241
§ 73. Der Klagevortrag 244
§ 74. Das Verhalten des Beklagten 253
A. Die Vertheidigung des Beklagten 253
B. Die Unterlassung der Abwehr 256
§ 74*). Die Widerklage 257
§ 75. Weiteres Vorbringen der Parteien 259
§ 76. Die thatsächliche Urtheilsgrundlage 261
§ 77. Die bei Gericht offenkundigen Thatsachen . . . 261
§ 78. Die unbestrittenen Thatsachen 262
§ 79. Der Beweis streitiger Behauptungen. 265
§ 80. Die Urkunden und der Augenscheinsgegenstand . . 269
§ 81. Der Beweis durch Zeugen 281
§ 82. Der Parteieneid. Allgemeines 291
§ 83. Der zugeschobene Eid 293
§ 84. Der richterliche Eid 310
§ 85. Die Glaubhaftmachung 312
§ 86. Die Sicherung des Beweises 312
§ 87 Die Versäumniß. Allgemeines 313
§ 88. Das Versäumnißurtheil 319

2. Die Handlungen des Gerichts 326
§ 89. Allgemeines 326

a. § 90. Die Prozeßleitung 327
§ 91. Die Beweisanordnungen insbesondere 333

b. Die Prozeßentscheidung 335
§ 92. Begriff und Eintheilung 335
§ 93. Die urtheilende Thätigkeit des Richters 342
§ 94. Die Entscheidung über die Prozeßkosten . . . 350

*) Aus Versehen wurde die Paragraphenzahl 74 doppelt gesetzt.

Digitized by Google

§ 95. Widerruflichkeit und Anfechtbarkeit der Entscheidungen 354
§ 96. Die Berufung 357
§ 97. Die Revision 364
§ 98 Die Beschwerde 370
§ 99. Die Unanfechtbarkeit (Rechtskraft) richterlicher Entscheidungen 374
§ 100. Die Anfechtung rechtskräftiger Entscheidungen . . 383

II. Die Zwangsvollstreckung 386
§ 101. A. Begriff und Wesen der Zwangsvollstreckung . 386
§ 102. B. Das Vollstreckungsverhältniß 387
§ 103. I. Der zu vollstreckende Anspruch 388
II. Die Subjekte des Vollstreckungsverhältnisses . 397
§ 104. 1. Die Parteien 397
§ 105. 2. Die Vollstreckungsorgane 399
C. Die Ausführung der Zwangsvollstreckung . . 402
§ 106. Uebersicht 402
§ 107. Beginn der Zwangsvollstreckung 403
§ 108. Widersprüche und Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung 404
§ 109. Aufhebung und Einstellung der Zwangsvollstreckung 408
§ 110. I. Zwangsvollstreckung auf Herausgabe von Sachen 409
§ 111. II. Die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Handlungen oder Unterlassungen 411
§ 112. III. Erwirkung von Willenserklärungen . . . 414
IV. Die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen 415
§ 113. Die Vermögenshaftung des Schuldners. 415

1. Die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen 421
§ 114. Allgemeines 421
§ 115. a. Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen . . 423
§ 116. b. Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte 426
§ 117. Das Vertheilungsverfahren 334
§ 118. Offenbarungseid und Haft 437

2. Die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen 439
§ 119. Uebersicht 439

Digitized by Google

§ 120. Der Gegenstand der Immobiliarzwangsvollstreckung 441
§ 121. a. Die Eintragung einer Sicherungshypothek . . 441
b. Die Zwangsversteigerung 442
§ 122. Allgemeine Grundsätze 442
§ 123. Die Beschlagnahme 446
§ 124. Das Verfahren 448
§ 125. Die Versteigerung 450
§ 126. Das Vertheilungsverfahren 456
§ 127. Gesammtausgebot und Gesammthypothek 458
§ 128. Die Zwangsversteigerung von Schiffen 461
§ 129. Die Zwangsverwaltung 461

3. Die Zwangsvollstreckung in das Gesammtvermögen. Der Konkurs 463
§ 130. Begriff und Wesen 463
§ 131. Die Konkursmasse und der Gemeinschuldner . . 465
§ 132. Die Konkursgläubiger 467
§ 133. Die Konkurseröffnung 471
§ 134. Das weitere Verfahren 473
§ 135. Die Beendigung des Konkurses, insbesondere der Zwangsvergleich 476

4. § 136. Die vorweggenommene Zwangsvollstreckung 478
Sachregister 479

Digitized by Google

§ 1. Der Begriff des Civilprozesses.

Im Sinne des gegenwärtig geltenden Reichsrechts ist Civilprozeß

der Inbegriff derjenigen Handlungen, welche zum Zwecke der richterlichen Feststellung und gegebenen Falles der Durchführung privatrechtlicher Ansprüche in der vom Gesetz geregelten Weise vorgenommen werden.

1. Nicht zum Begriffe des Civilprozesses gehört ein Rechtsstreit. Dem scheint der Sprachgebrauch der Gesetze zu widersprechen. Denn abgesehen davon, daß § 3 EG. z. CPO die CPO als das auf alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten anwendbare Gesetz bezeichnet (vgl. auch § 13 GVG) wird in der CPO selbst wiederholt von einem Rechtsstreit oder einer Rechtsstreitigkeit oder vom Streitgegenstande gesprochen. Der Sprachgebrauch lehnt sich indeß nur an die im Prozesse besonders häufige Erscheinung eines wirklichen Streites und an die Thatsache an, daß sowohl der Kläger als auch der Richter von vornherein mit der Möglichkeit eines Streites rechnen müssen. Daraus aber, daß eine Zurücknahme der Klage möglich ist, bevor es noch zu einem Streit gekommen und daß in diesem Falle „der Rechtsstreit als nicht anhängig geworden anzusehen ist" (§ 271), daß selbst der Verzicht des Klägers auf den Anspruch und die bedingungslose Unterwerfung des Beklagten unter den Klageanspruch die wichtigste prozessualische Handlung, das Urtheil, nicht erübrigt (§§ 306, 307), daß endlich trotz unterlassenen Widerspruches des Beklagten eine richterliche Prüfung und Entscheidung stattfindet (§ 331), folgt, daß auch nach der CPO ein Prozeß entsteht und durch Urtheil erledigt wird, wenn nicht gestritten wird.

Digitized by Google

2. Nicht zum Begriffe des Prozesses gehört, daß er eine Schutzanstalt gegen Rechtsverletzungen bilde. Denn abgesehen davon, daß nach der CPO ein Rechtsschutzbedürfniß vorhanden ist, wenn der bestehende Zustand dem Rechte thatsächlich nicht entspricht, ja sogar dann, wenn die gegenwärtige Rechtsstellung einer Person nur gefährdet ist, entsteht ein Prozeß auch dann, wenn dem Kläger thatsächlich ein Recht nicht zur Seite steht, eine Rechtsverletzung also gar nicht begangen werden kann[1]).

3. Zum Wesen des Prozesses gehört nach jetzigem Recht richterliche Feststellung, und unter Richter ist nur der vom Staate eingesetzte Richter zu verstehen. Eine Rechtsfeststellung, die von den Parteien oder durch einen von ihnen gewählten Dritten, einen sog. Schiedsrichter, getroffen wird, ist niemals Ergebniß eines Prozesses. Die CPO behandelt im 10. Buche allerdings das schiedsrichterliche Verfahren, aber sie verfolgt dabei den Zweck, die Voraussetzungen anzugeben, unter welchen der Schiedsspruch im Wege der (staatlichen) Zwangsvollstreckung durchgesetzt werden kann (§§ 1041 ff), unter welchen Voraussetzungen also überhaupt eine Mitwirkung staatlicher Rechtsschutzorgane in Anspruch genommen werden darf (§§ 1036, 1045—1047). Durch die Worte „Verfahren" und „Schiedsspruch" sondert sie auch äußerlich die schiedsrichterliche Thätigkeit vom Prozeß oder Rechtsstreit und dem nur in diesem möglichen Urtheil. — Durch § 15 GVG ist jede andere als die staatliche Gerichtsbarkeit aufgehoben oder doch ihrer Gerichtsgewalt entkleidet worden.

4. Zum Wesen des Prozesses gehört, daß er die Feststellung eines Anspruches bezweckt. In vielen Fällen erschöpft sich das Rechtsschutzinteresse des Klägers von vornherein in der Feststellung (Feststellungsklage § 256); in Fällen, in welchen der Kläger Befriedigung seines Anspruches begehrt (Leistungsklage), wird ihm diese entweder durch das Urtheil selbst gewährt (z. B. wenn es eine Ehe trennt oder für ungültig erklärt, ein Rechtsgeschäft für ungültig erklärt), oder sie wird durch die richterliche Entscheidung dem Beklagten auferlegt. In jenem Falle ist ein besonderes Vollstreckungsverfahren begrifflich unmöglich, in diesem Falle kann sich ein solches Verfahren anschließen, wenn nicht der Beklagte nunmehr

[1]) Mein altes und neues bürgerliches Recht. 1899. S. 144, 145, sowie mein preußisches Privatrecht. 6. Aufl. 1896. S. 96.

Digitized by Google

freiwillig thut, was ihm das Urtheil gebietet. Die der Durchführung des Anspruches gegen den Widerstrebenden dienende Zwangsvollstreckung bildet unzweifelhaft einen Theil des Prozesses, die Grundsätze über die Zwangsvollstreckung bilden daher einen Theil (das 8. Buch) der deutschen Civilprozeßordnung [1]), doch wird in ihr ein Gegensatz zwischen dem eigentlichen Rechtsstreit und der Zwangsvollstreckung gemacht, so daß nicht ohne weiteres für die letztere gilt, was für jenen bestimmt ist (§§ 18, 21 EG. z. CPO §§ 91 und 788, 81 CPO). Unter Rechtsstreit versteht das Gesetz demnach das mit dem Urtheil abschließende sog. Feststellungs- oder Erkenntnißverfahren, und zwar auch nur dann, wenn eine richterliche Prüfung und Entscheidung erfolgt. Ergeht eine Feststellung nicht durch den Richter oder zwar durch den Richter, aber ohne daß die Parteien vor Gericht mündlich verhandelt haben, so spricht die CPO von einem „Verfahren", daher vom schiedsrichterlichen Verfahren (10. Buch), vom Mahnverfahren (7. Buch), desgleichen vom Aufgebotsverfahren (9. Buch), weil der Richter durch das Ausschlußurtheil nicht einen neuen Streit entscheidet (vgl. § 953).

Die richterliche Feststellung ist zwar regelmäßiges, doch nicht unerläßliches Erforderniß der Zwangsvollstreckung (§§ 794, 801 CPO. 164, 194 KO. u. andere Gesetze), es kann also ein prozessualisches Verfahren ohne vorangegangenen Rechtsstreit im Sinne der CPO geben.

Zum Prozesse gehört das Konkursverfahren. Denn es dient der Durchführung privatrechtlicher Ansprüche gegen einen zahlungsunfähigen Schuldner. Diesem Zwecke ist die Uebertragung des Verfügungsrechtes vom Schuldner auf einen Verwalter und insbesondere das der Feststellung der Konkursforderungen gewidmete Verfahren untergeordnet.

5. Zum Begriffe des Civilprozesses gehört ferner, daß seinen Gegenstand nur ein von der Privatrechtsordnung gewährter Anspruch bilden kann. Ob der Anspruch auf Bestimmungen privatrechtlicher Gesetze oder solcher Gesetze, die vorzugsweise öffentliches Recht normiren wollen, gegründet ist (vgl. § 731 CPO) und ob ein Rechtsverhältniß des Privatrechts oder des öffentlichen Rechtes dem Anspruche zu Grunde

[1]) Nur die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung von Immobilien wird aus Zweckmäßigkeitsrücksichten in ein besonderes Gesetz verwiesen (d. i. das Gesetz vom 24. März 1897.).

Digitized by Google

liegt (vgl. § 9 GVG), ist gleichgültig. Wenn ein Gesetz für einen Anspruch, dessen Zugehörigkeit zum Privatrecht zweifelhaft sein kann, den Rechtsweg für zulässig erklärt d. h. ihn der Kognition der ordentlichen Gerichte unterwirft, so erklärt es ihn damit für einen privatrechtlichen Anspruch. — Das hier aufgestellte Begriffsmerkmal des Civilprozesses will die Reichsprozeßgesetzgebung aussprechen, wenn sie (§ 3 EGz.CPO) die CPO für anwendbar erklärt auf alle diejenigen „bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten", welche vor die ordentlichen Gerichte gehören. Die CPO trägt aber dem Umstande, daß zahlreiche Privatrechtsansprüche aus Rechtsverhältnissen hervorgehen, an denen auch das öffentliche Interesse betheiligt ist, dadurch Rechnung, daß sie für diese ein von den allgemeinen prozessualischen Grundsätzen abweichendes Verfahren normirt, durch welches den Parteien die Möglichkeit entzogen wird, über jene Verhältnisse mittels prozessualischer Erklärungen Verfügungen zu treffen, zu denen sie nach den Privatrechtsnormen nicht befugt sein würden. Diese Verfahrensarten sind im 6. Buche der CPO geregelt.

6. Dem Civilprozeß ist endlich wesentlich die durch Gesetz erfolgte Regelung der Form und der Reihenfolge der von Parteien und Gericht vorzunehmenden Handlungen. Es giebt keinen sog. Konventionalprozeß.

Erster Haupttheil.

Das Prozeßrecht.

§ 2. Umfang des objektiven Civilprozeßrechtes.

Der in § 1 seinem Begriffe nach bestimmte Civilprozeß ist ein täglich sich wiederholender historischer oder Lebensvorgang, das objektive Civilprozeßrecht aber enthält die Normen, nach denen sich dieser Vorgang abwickelt und die jedenfalls die einander gegenüberstehenden Parteien, richtiger Auffassung nach aber auch das Gericht, in ein eigenthümliches Rechtsverhältniß öffentlich-rechtlicher Natur, das sog. Prozeßrechtsverhältniß, zu einander bringen.

Die Rechtsnormen, welche privatrechtlichen Ansprüchen Schutz gewähren, also das Civilprozeßrecht in weiterem Sinne bilden, gehören entweder

Digitized by Google

1. dem Staatsrecht an, insoweit nämlich, als sie Rechtspflegeorgane einsetzen und die rechtliche Stellung dieser Organe zum Ganzen des Staates bestimmen;

2. dem Prozeßrechte an, insoweit sie Vorschriften geben über die Bedingungen, unter welchen die Rechtspflegeorgane den Rechtsschutz gewähren, insoweit sie also das Verhältniß der Privatpersonen zu diesen Organen bestimmen.

Die unter 1 bezeichneten Normen bilden das Gerichtsverfassungsrecht, die unter 2 bezeichneten das eigentliche Prozeßrecht.

I. Die Gerichtsverfassung.

§ 3. Justizhoheit und Gerichtsbarkeit in Deutschland.

Unter Justizhoheit versteht man nichts anderes als die Staatsgewalt auf dem Gebiete der Rechtspflege. Wie sich die Staatsgewalt überhaupt in der Anordnung allgemeiner Rechtssätze (Gesetzgebung) wie in der Anwendung dieser Rechtssätze auf bestimmte Angelegenheiten (Justiz und Verwaltung) bethätigt, so äußert sich auch die Justizhoheit sowohl in der Schaffung von Gesetzen, welche der Rechtspflege dienen, als auch in der Ausübung der Rechtspflege.

Gerichtsbarkeit aber ist die Befugniß, die Rechtspflege auszuüben. Die Gerichtsbarkeit steht daher grundsätzlich und seit dem 1. Oktober 1879 ausschließlich (§ 15 GVG) dem Inhaber der Staatsgewalt zu. Da nun in Deutschland die Staatsgewalt getheilt ist zwischen den Bundesstaaten und dem Reiche, steht auch die Gerichtsbarkeit theils den Bundesstaaten theils dem Reiche zu. Soweit die Gerichtsbarkeit den Bundesstaaten verblieben ist, besteht sie als deren eigenes, nicht von der Reichsgewalt abgeleitetes, Recht; insoweit ist der Inhaber der Staatsgewalt des Bundesstaates Gerichtsherr verblieben, die Gerichte des Bundesstaates üben daher die Gerichtsbarkeit im Namen des Landesherrn, und die Landesjustizverwaltung ist es, welche innerhalb der einzelnen Bundesstaaten für die Ausübung der Rechtspflege Sorge zu tragen hat.

Das Reich übt außer in den Konsular- und Kolonialgerichten eine eigene Gerichtsbarkeit aus durch das Reichsgericht. Da dieses die höchste Instanz für die vor die

Digitized by Google

Landesgerichte gehörigen Rechtssachen bildet, hat seine Gerichtsbarkeit eine die Gerichtsbarkeit der Landesgerichte überragende verbindliche Kraft. Von der im § 8 EGz.GVG den Bundesstaten eingeräumten Ermächtigung, ein oberstes Landesgericht zu errichten, hat nur Bayern Gebrauch gemacht, aber auch das oberste Landesgericht in München hat von vornherein innerhalb Bayerns eine mit dem Reichsgerichte konkurrirende Gerichtsbarkeit gehabt (vgl. Abs. 2 des angef. § 8); seit dieser Zeit hat es durch einzelne Reichsgesetze fortwährend an Bedeutung zu Gunsten des Reichsgerichts verloren, und schließlich hat Bayern im Interesse der Wahrung einheitlicher Rechtsprechung darauf verzichtet, diejenigen Sachen an das oberste Landesgericht zu verweisen, in denen ein Anspruch auf Grund des BGB geltend gemacht wird (Art. 6 EGz.BGB).

Die Landesgerichtsbarkeit ist beschränkt nicht nur durch die Gerichtsbarkeit des Reiches, sondern auch durch die vom Reiche erlassenen, die Rechtspflege betreffenden Gesetze. Denn durch diese ist die Landesgesetzgebung überall da ausgeschlossen, wo nicht zu ihren Gunsten Vorbehalte gemacht sind, die Landesstaatsgewalt kann also weder ein anderes gerichtliches Verfahren einführen, noch kann die Landesjustizverwaltung die im GVG. von Reichswegen gezogenen Schranken überschreiten. Auf der anderen Seite hat die Landesgerichtsbarkeit insofern eine Erweiterung erfahren, als die Entscheidungen der Gerichte eines Gliedstaates im ganzen Reiche verbindliche Kraft haben.

Die Reichsgesetzgebung hat nicht die gesammte Gerichtsbarkeit geregelt. Die sog. Reichsjustizgesetze von 1877 behandeln nur „die ordentliche streitige Gerichtsbarkeit." Es gehört dahin die Strafgerichtsbarkeit, welche den Bestimmungen des GVG und der StPO unterliegt, und die ordentliche streitige Civilgerichtsbarkeit, welche dem GVG, der CPO und der KO unterliegt. Erst nachdem im BGB ein einheitliches bürgerliches Recht vorlag, konnte das Reich auch die sog. freiwillige Gerichtsbarkeit gesetzlich regeln.

§ 4. Die freiwillige Gerichtsbarkeit.

Der streitigen Gerichtsbarkeit steht auch nach Reichsrecht die sog. freiwillige Gerichtsbarkeit gegenüber. Aber auch nach ihm darf der Gegensatz nicht in den Worten streitig

Digitized by Google

und freiwillig gefunden werden. Denn so wenig die freiwillige Gerichtsbarkeit nur dem freien Willen der Betheiligten folgt, so wenig setzt die streitige Gerichtsbarkeit das Vorhandensein eines Streites voraus. Der Gegensatz liegt vielmehr auch nach Reichsrecht darin, daß die sog. freiwillige Gerichtsbarkeit in der Mitwirkung staatlicher oder vom Staate eingesetzter Organe bei der Gestaltung der Rechtsverhältnisse, die streitige Gerichtsbarkeit dagegen in der den Gerichten obliegenden Aufrechterhaltung der Rechtsordnung besteht. Die Thätigkeit der letzteren setzt daher stets das Vorhandensein oder das Drohen eines dem Rechte nicht entsprechenden Zustandes voraus und wendet sich gegen diejenige bestimmte Person, welche den Zustand des Unrechts geschaffen oder doch das Interesse hat, ihn zu schaffen. Die freiwillige Gerichtsbarkeit will allen berechtigten Interessen die Möglichkeit ungestörter Bethätigung gewähren. Dieses Ziel erreicht sie auf doppeltem Wege:

1) Sie ermöglicht den Abschluß wirksamer und zweckentsprechender Rechtsgeschäfte, indem sie

a) Rechtssubjekte schafft für Zwecke, deren Erreichung andernfalls unmöglich oder erschwert sein würde (§§ 21, 22, 80 BGB),
oder die fehlende Willensfähigkeit ergänzt (§§ 1773, 1896, 1909 BGB),

b) Willenserklärungen die zur Gültigkeit erforderliche Form (§§ 125—129 BGB) oder eine gesteigerte Beweiskraft verleiht (§§ 415, 418 CPO).

2) Sie beugt Störungen bestehender Rechtsverhältnisse vor, indem sie

a) eine fürsorgliche Thätigkeit ausübt in Fällen, in denen die Möglichkeit der Beeinträchtigung von Rechten besteht (§§ 1723, 1734, 1741, 1745, 1754 BGB und die gesammte Thätigkeit des Vormundschaftsgerichts);

b) durch Eintragung in öffentliche Bücher bestehenden Rechten eine über den Kreis der Nächstbetheiligten hinausgehende Wirkung sichert.

Wenngleich der bestehenden Reichsgesetzgebung diese Gedanken zu Grunde liegen, so darf doch die Abgrenzung des Gebietes der streitigen und der freiwilligen Gerichtsbarkeit im Einzelnen nur nach der positiven Gesetzesvorschrift erfolgen. Danach gehören alle Bethätigungen der Gerichts-

Digitized by Google

barkeit, welche sich nach der StPO., der CPO., der KO. und nach dem Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung richten, zur streitigen, alle diejenigen Bethätigungen der Gerichtsbarkeit aber, welche dem Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit und der GBO unterliegen, zur freiwilligen Gerichtsbarkeit, mögen sie von Gerichten oder anderen Behörden (§ 1 GBO. §§ 193—195 FGG) ausgeübt werden, mag dabei ein Zwang geübt werden (z. B. §§ 91 ff. 132 FGG.) oder nicht. Damit erledigt sich die Streitfrage, ob das Entmündigungsverfahren, auch soweit es vor die Amtsgerichte gehört (§§ 645 ff. CPO), ob das Aufgebotsverfahren (§§ 946 ff. CPO) und ob die im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgende Eintragung einer Sicherungshypothek (§§ 866—868 CPO), sowie ob die Zwangsversteigerung zum Zwecke der Aufhebung einer Gemeinschaft (§ 180) einen Akt der streitigen oder der freiwilligen Gerichtsbarkeit bildet. Denn das Entmündigungsverfahren stellt nur die Handlungsunfähigkeit fest und bereitet also die Einleitung einer Vormundschaft vor, aber es wird betrieben *gegen* den Willen der jetzt noch handlungsfähigen Person; das Aufgebotsverfahren stellt nur fest, daß nnd welche Anmeldung von Rechten und daß außer dieser keine Anmeldung erfolgt ist, aber es beruht geschichtlich auf dem Grundsatze des älteren deutschen Rechts von der absoluten Rechtskraft des Urtheils; die Eintragung einer Sicherungshypothek bereitet nur die Befriedigung des Gläubigers vor, aber sie entzieht dem Schuldner gegen seinen Willen die Verfügung über ein Vermögensobjekt; die Zwangsversteigerung theilungshalber enthält nur eine Art der Auseinandersetzung, aber sie übt gegen die Gemeiner einen bis zur Entziehung der Sache gehenden Zwang[1]). Das bestehende Recht jedenfalls weist alle diese Gerichtsthätigkeiten der streitigen Gerichtsbarkeit zu. Andererseits gehört auch diejenige Thätigkeit des Vormundschaftsgerichts, welche die Entscheidung eines Streites enthält (§ 45 FGG), zur freiwilligen Gerichtsbarkeit, da das Gesetz sie hierhin verweist. Das FGG bezeichnet ferner als Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine Reihe richterlicher Thätigkeiten auf dem Gebiete des

[1]) Vgl. hierüber Wach: Handbuch I 63 f. Fischer, Ztschft. f. CP. 10, 414 und Preußisches Privatrecht S. 687, sowie Recht und Rechtsschutz. 1889. S. 12—14.

Digitized by Google

Handelsrechts (§ 145). Die oben entwickelten allgemeinen Gesichtspunkte entscheiden deshalb nur da, wo es an einer positiven Gesetzesvorschrift fehlt.

A. Die streitige Gerichtsbarkeit und ihre Organe.

§ 5. Im Allgemeinen.

Die streitige Gerichtsbarkeit zerfällt nach dem Sprachgebrauch der Reichsjustizgesetze in:

1. die ordentliche und 2. die nicht ordentliche Gerichtsbarkeit. Die letztere ist entweder (§ 13 GVG)

a) eine Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten,

b) eine besonderen Gerichten übertragene Gerichtsbarkeit.

a) Wie weit die Gerichtsbarkeit der Verwaltungsbehörden und der Verwaltungsgerichte reicht, bestimmt sich nach Landesgesetz und Reichsgesetz. Der Landesgesetzgebung ist hier ein weiter Spielraum gelassen, sie ist durch positive reichsgesetzliche Vorschrift nicht gehindert, die Grenze zwischen der Zuständigkeit der Gerichte und der Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichte da zu ziehen, wo sie es für gut findet. Das Reich hat eine Anzahl Rechtssachen, deren Zugehörigkeit zur ordentlichen Gerichtsbarkeit zweifelhaft ist, an Verwaltungsbehörden gewiesen (in § 33 des Kriegsleistungsgesetzes vom 13. Juli 1873, durch die Quartierleistungsgesetze vom 25. Juni 1868, 3. August 1878 und 21. Juni 1887, durch das Ges. über die Friedensleistungen vom 13. Februar 1875; durch § 81 des Genossenschaftsgesetzes vom 1. Mai 1889 [Auflösung einer Genossenschaft]). An besondere Verwaltungsgerichte sind die Ansprüche gegen Armenverbände auf Erstattung der Kosten für die öffentliche Unterstützung Hülfsbedürftiger gewiesen (§§ 38, 42 Ges. über den Unterstützungswohnsitz vom 6. Juni 1870 in der Fassung des Ges. v. 27. Mai 1894) und die Streitigkeiten über Nichtigkeit oder Zurücknahme eines Patentes (§§10,11,13,14,28—34 des Patentgesetzes vom 7. April 1891), und zwar jene Sachen an das Bundesamt für Heimathswesen, diese an das Patentamt, letztere unter Zulassung der Berufung an das Reichsgericht. Daß zahlreiche Streitig-

Digitized by Google

keiten aus den Arbeiterversicherungsgesetzen an besondere Verwaltungsgerichte gewiesen sind, hat seinen Grund in der öffentlich-rechtlichen Natur des Arbeiterversicherungsrechts[1]). Ueberhaupt ist für die reichsgesetzliche Zuweisung von Streitigkeiten an Verwaltungsbehörden (vgl. auch die Zuständigkeit der Seeämter und des Oberseeamtes nach dem Ges. v. 27. Juli 1877 und des Reichseisenbahnamtes nach § 5 No. 4. Ges. v. 27. Juni 1873) stets der Grund bestimmend gewesen, daß es sich nicht eigentlich um Streitigkeiten des bürgerlichen Rechtes handelt.

b) Besondere Gerichte sind solche, welche Rechtsstreitigkeiten zu entscheiden haben, die an sich zur Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte gehören würden und nur aus Zweckmäßigkeitsgründen der Gerichtsbarkeit dieser Gerichte entzogen sind. Nur durch Reichsgesetz können besondere Gerichte zugelassen oder bestellt werden.

Bestellt durch Reichsgesetz sind:

aa) die Prisengerichte, welche über die Rechtmäßigkeit der in einem Kriege gemachten Prisen zu entscheiden haben (Ges. v. 3. Mai 1884; G. vom 15. Februar 1889);

bb) die Konsulargerichte (Ges. v. 10. Juli 1879) und die Gerichte in den Schutzgebieten (Ges. v. 19. März 1888, und v. 17. April 1886).

Zugelassen durch Reichsgesetz sind

aa) Gerichte für die Streitigkeiten der Landesherren und der Mitglieder landesherrlicher Familien sowie der fürstlichen Familie Hohenzollern, insofern nach Hausverfassungen oder Landesgesetzen derartige Streitigkeiten der Kognition der ordentlichen Gerichte entzogen sind (§ 5 EG. z. GVG);

bb) die auf Staatsverträgen beruhenden Rheinschiffahrts- und Elbzollgerichte. Sie beruhten auf der Rheinschiffahrtsakte vom 31. März 1831, revid. am 17. Oktober 1868, sowie der Elbschiffahrtsakte v. 23. Juni 1821, Additionsakte vom 13. April 1844, und haben über gewisse Gebühren, Uferbeschädigungen,

---

[1]) Mein altes und neues bürgerliches Recht. 1899 S. 415, 416. Mein preußisches Privatrecht. 6. Aufl. S. 416.

[2]) Vgl. Mein altes und neues bürgerliches Recht. 1899. S. 501, 502. Mein Preuß. Privatrecht, 6. Aufl. 1896. S. 188.

Digitized by Google

Hemmung des Leinpfades etc. zu entscheiden. Regelmäßig sind die Amtsgerichte auch Stromgerichte, doch ist ein bestimmtes Land- oder Oberlandesgericht zum Berufungsgericht bestellt;

cc) Agrargerichte, d. h. Gerichte, welchen die Entscheidung von bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten bei der Ablösung von Gerechtigkeiten oder Reallasten, bei Separationen, Konsolidationen, Verkoppelungen, gutsherrlich-bäuerlichen Auseinandersetzungen und dergleichen obliegt[2]);

dd) Gemeindegerichte in den von § 14 GVG. gezogenen Schranken;

ee) Gewerbegerichte. Das Ges. v. 29. Juli 1890 hat Bestimmungen über Zusammensetzung der Gewerbegerichte nnd über das Verfahren vor ihnen gegeben. Sie entscheiden, wo sie errichtet sind, unter Ausschluß der ordentlichen Gerichte, gewerbliche Streitigkeiten zwischen Arbeitern einerseits und ihren Arbeitgebern andererseits, sowie zwischen Arbeitern desselben Arbeitgebers, und zwar endgültig, es handle sich denn um einen Streitgegenstand von mehr als 100 M., in welchem Falle gegen das Urtheil des Gewerbegerichts die Berufung an die Civilkammer des Landgerichts stattfindet.

Was ordentliche streitige Gerichtsbarkeit ist, sagt das Gesetz an keiner Stelle, aus den §§ 12—14 GVG ergiebt sich aber, daß es darunter diejenige Gerichtsbarkeit versteht, welche von den ordentlichen Gerichten auszuüben ist, also sowohl Gerichtsbarkeit in Strafsachen als in Civilprozeßsachen. Ordentliche Gerichte aber sind die Amtsgerichte, die Landgerichte, die Oberlandesgerichte und das Reichsgericht.

Alle diese Gerichte sind ständige Gerichte, d. h. sie haben eine durch Gesetz von vornherein bestimmte und alle Angelegenheiten einer bestimmten Gattung umfassende Gerichtsbarkeit. Ausnahmegerichte d. h. für Erledigung eines bestimmten Falles erst besonders eingesetzte Gerichte, sind unstatthaft (§ 16 GVG).

Jene Gerichte sind ferner die zur Handhabung der ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit ausschließlich berufenen Gerichte. Kein Landesgesetz kann andere Gerichte als die vom Reichsgesetz eingesetzten einschieben oder an Stelle jener setzen. Zugelassen ist nur die Einsetzung eines an Stelle des Reichs-

Digitized by Google

gerichts tretenden obersten Landesgerichts für Gliedstaaten, die mehr als ein Oberlandesgericht haben (§ 8 EGzGVG)[1]).

An den vorstehend genannten Gerichten wirken überall mehrere Gerichtspersonen, denn außer dem Richter oder der Mehrheit von Richtern, welche die Entscheidung zu fällen haben, bildet auch der Gerichtsschreiber ein verfassungsmäßiges Glied des Gerichts. Dem Gerichtsschreiber sind überdies selbständige Rechtspflegefunktionen überwiesen. Die Zustellungen und Vollstreckungen sind Gerichtsvollziehern übertragen. Zur Handhabung der Civilrechtspflege nothwendig sind ferner die Rechtsanwälte und in bestimmten Fällen der Staatsanwalt.

§ 6. Gericht und Richter.

Das Gesetz bezeichnet als Gericht die vom Staate eingesetzte Behörde, welche den prozeßentscheidenden Ausspruch thut, gleichviel ob diese Behörde aus einer einzigen oder aus einer Mehrheit von Personen besteht und ob die richterliche Thätigkeit innerhalb desselben Gerichts auf verschiedene Personen vertheilt ist (Schwurgericht § 81 GVG) oder sich in denselben Personen vereinigt (alle anderen Gerichte). Richter dagegen ist die physische Person, welche zur verfassungsmäßigen Bildung des Gerichts zwar gehört, aber entweder, wie der beauftragte oder ersuchte Richter überhaupt nicht, oder, wie in Kollegien, nicht allein den prozeßentscheidenden Ausspruch thut. Daher bedient sich die CPO des Ausdruckes Gericht auch dann, wenn das Gericht nur aus einem Richter besteht, vorausgesetzt, daß er zur Entscheidung berufen ist (z. B. §§ 500, 509, 766), während es stets vom beauftragten oder ersuchten „Richter" spricht. Im engeren Sinne nennt das Gesetz Richter nur die vom Staate als Richter angestellte Person, daher sowohl den Berufsrichter als den Handelsrichter (§§ 111, 112), während die nicht vom Staate ernannten Richter unter der Bezeichnung Schöffen oder Geschworene in Gegensatz zum Richter gestellt werden.

Das deutsche Gerichtsverfassungsrecht kennt Berufsrichter und Nichtberufsrichter (Laienrichter, Volksrichter). Das Berufsrichterthum ist nach jetzigem Recht die Regel. Nicht-

[1]) Nur Preußen und Bayern haben mehr als ein Oberlandesgericht. Bayern hat von der Befugniß, ein oberstes Landesgericht einzusetzen, Gebrauch gemacht (Art. 42 ff. bayr. Ges. v. 23. Februar 1879).

Digitized by Google

berufsrichter sind für Strafsachen die Schöffen und die Geschworenen, für Civilsachen die Handelsrichter.

A. Zum Berufsrichter kann nur ernannt werden, wer die Fähigkeit zu diesem Amte erworben hat. Die Fähigkeit hat ohne weiteres der ordentliche öffentliche Lehrer des Rechts an einer deutschen d. i. im Gebiete des Reiches gelegenen Universität (§ 4 GVG). Jeder Andere hat seine Fähigkeit durch ein wenigstens dreijähriges Studium der Rechtswissenschaft, das wenigstens während dreier Halbjahre auf einer deutschen d. i. im Gebiete des deutschen Reiches gelegenen Universität betrieben werden muß, und durch einen wenigstens dreijährigen praktischen Vorbereitungsdienst, welcher bei den Gerichten und bei den Rechtsanwälten zu verwenden ist, auch zum Theil bei der Staatsanwaltschaft verwendet werden kann und von dem nach landesgesetzlicher Bestimmung ein Theil, doch höchstens ein Jahr, im Dienste von Verwaltungsbehörden zu verwenden ist oder verwendet werden darf, zu erwerben und durch die Ablegung zweier Prüfungen zu bethätigen. Die erste Prüfung, welche nach Beendigung des Universitätsstudiums abzulegen ist, hat nur festzustellen, ob der Kandidat zum praktischen Vorbereitungsdienste zugelassen werden kann, erst die Ablegung der zweiten, nach Beendigung dieses Dienstes abzuhaltenden Prüfung hat die Fähigkeit zum Richteramte festzustellen. Die Uebertragung des Amtes selbst erfolgt erst durch die Ernennung und diese geschieht auf Lebenszeit.

Innerhalb dieser vom Reichsgesetz gezogenen Grenzen hat die Landesgesetzgebung die Erfordernisse für Erlangung des Richteramtes festzusetzen; das Reichsgesetz stellt nur die Minimalanforderungen, es hat deshalb den Bundesstaaten die Befugniß eingeräumt, sowohl denjenigen Kandidaten, welche die erste Prüfung in einem anderen Bundesstaate bestanden haben, die Zulassung zur Vorbereitung für den Justizdienst und zur zweiten Prüfung, sowie denjenigen Personen, welche in einem anderen Bundesstaate die Fähigkeit zum Richteramte erlangt haben, die Anstellung als Richter zu verweigern.

Die Fähigkeit zu einem Richteramt beim Reichsgericht wird erworben durch Erlangung der Fähigkeit zum Richteramt in einem Bundesstaate und Zurücklegung des 35. Lebensjahres; die Ernennung zum Mitgliede des Reichsgerichts erfolgt durch den Kaiser auf Vorschlag des Bundesraths.

Digitized by Google

B. Nicht-Berufsrichter sind nach den Reichsjustizgesetzen die Schöffen, die Geschworenen und die Handelsrichter. Handelsrichter werden auf gutachtlichen Vorschlag des zur Vertretung des Handelsstandes berufenen Organs für die Dauer von je drei Jahren ernannt, doch ist eine wiederholte Ernennung nicht ausgeschlossen, und zwar kann ernannt werden jeder Deutsche, welcher als Kaufmann oder als Vorstand einer Aktiengesellschaft in das Handelsregister eingetragen oder eingetragen gewesen ist, das 30. Lebensjahr vollendet hat und im Bezirke der Kammer für Handelssachen wohnt. An Seeplätzen können auch Schiffahrtskundige zu Handelsrichtern ernannt werden. Die Handelsrichter werden vor ihrem Amtsantritt eidlich verpflichtet. Bei der Ausübung des Richteramtes haben sie dieselbe Rechtsstellung wie die Schöffen, da sie betreffs aller zur Entscheidung kommenden Fragen dasselbe Stimmrecht haben wie der vorsitzende Berufsrichter.

Die Berufsrichter wie die Handelsrichter sind Beamte; doch beziehen die ersteren ein festes Gehalt, während das Amt der Handelsrichter ein Ehrenamt ist und auch nicht Anspruch auf Vergütung von Reisekosten gewährt (§§ 7, 111 GVG).

Zur vorschriftsmäßigen Besetzung des Gerichts genügt entweder ein einziger Richter oder wird eine größere Zahl von Richtern erfordert, die in ihrer Gesammtheit die Gerichtsgewalt ausüben. Die Reichsgesetzgebung hat also sowohl das monokratische oder Einzelrichtersystem als auch das Kollegialsystem angenommen und zwar das erstere für die Amtsgerichte, das letztere für alle anderen ordentlichen Gerichte. Die Kollegien, welche bei den Landgerichten die Civilrechtspflege handhaben, sind die Civilkammern und die Kammern für Handelssachen; die letzteren bilden aber keinen nothwendigen Bestandtheil der Landgerichte, sondern werden, als besondere Abtheilungen des Landgerichtes, nur da errichtet, wo die Landesjustizverwaltung ein Bedürfniß als vorhanden annimmt. Sowohl die Civilkammern als die Kammern für Handelssachen entscheiden in der Besetzung von drei Mitgliedern mit Einschluß des Vorsitzenden (§§ 77, 109 GVG). Während die Civilkammer ausschließlich aus Berufsrichtern besteht, ist die Kammer für Handelssachen aus einem Mitgliede des Landgerichts oder, wenn sie ihren Sitz nicht am Sitze des Landgerichts hat, einem Amtsrichter, also in jedem

Digitized by Google

Falle einem Berufsrichter als Vorsitzenden und zwei Handelsrichtern zusammengesetzt.

Bei den Oberlandesgerichten und beim Reichsgericht wird die Civilrechtspflege durch Civilsenate ausgeübt, welche bei den Oberlandesgerichten aus fünf, beim Reichsgericht aus sieben Mitgliedern mit Einschluß des Vorsitzenden bestehen und ausschließlich mit Berufsrichtern besetzt sind. Beim Reichsgericht aber besteht die Eigenthümlichkeit, daß in gewissen Fällen das Plenum d. h. das gesammte Gericht, in manchen Fällen die vereinigten Civilsenate (oder die vereinigten Strafsenate) zu entscheiden haben, und daß in diesen Fällen die Zahl der an der einzelnen Entscheidung theilnehmenden Richter eine unbestimmte ist [1]). Diese Einrichtung ist eine nothwendige Folge der größeren Zahl von Senaten und soll der Gefahr vorbeugen, daß eine und dieselbe Rechtsfrage durch den einen Senat anders entschieden wird als durch den anderen. Das Zusammentreten des Plenums oder der vereinigten Civil- (oder Straf-) Senate hat deshalb in jedem Falle die vorangegangene Berathung des einzelnen, nach der Geschäftsordnung zuständigen Senats zur Voraussetzung und ist dann nothwendig, wenn in einer Rechtsfrage ein Civilsenat von der Entscheidung eines anderen Civilsenates oder der vereinigten Civilsenate (oder ein Strafsenat von der Entscheidung eines anderen Strafsenates oder der vereinigten Strafsenate) abweichen will, in welchem Falle dort die Entscheidung der vereinigten Civilsenate, hier die Entscheidung der vereinigten Strafsenate erforderlich ist, während der seltenere Fall einer Plenarentscheidung bei Meinungsverschiedenheiten unter Civil- und Strafsenaten gegeben ist (vgl. § 137 GVG).

Wenn bei einem Amtsgericht mehrere Richter angestellt sind, so ist doch jeder von ihnen innerhalb des ihm zugewiesenen Geschäftskreises Einzelrichter. Diese einzelnen nebeneinanderstehenden Amtsrichter bilden ebenso wie die einzelnen bei demselben Kollegialgericht bestehenden Kammern oder Senate nur Abtheilungen eines und desselben Gerichts, nicht selbständige Gerichte. Die Vertheilung der Geschäfte unter die einzelnen Amtsrichter wie unter die einzelnen Kammern oder Senate ist Sache der Justizverwaltung und bildet eine

[1]) Sie muß eine ungerade sein und mindestens $^2/_3$ aller zu den betreffenden Senaten gehörenden Richter bilden (§ 139 GVG).

Digitized by Google

für die Parteien gleichgültige Thatsache der inneren Behörden-Organisation. Es folgt hieraus, daß der einzelne Amtsrichter oder die einzelne Kammer sich nicht deshalb für unzuständig erklären kann, weil die bei ihm oder bei ihr angebrachte Sache nach der Geschäftsordnung zum Thätigkeitskreise einer anderen Abtheilung gehört. Die einzelne Abtheilung vertritt also im einzelnen Falle den Parteien gegenüber das Gericht; eine Ausnahme muß in dem Falle gelten, wenn das Gesetz wie in § 767 CPO die Entscheidung einer bestimmten Frage aus dem Grunde an ein bestimmtes Gericht verweist, weil diese Entscheidung nur die Fortsetzung eines vorangegangenen Rechtsstreites bildet (RG 33, 356).

Das Gericht übt die Fülle der Gerichtsgewalt aus, d. h. es hat alle diejenigen Prozeßhandlungen vorzunehmen, welche dem Prozeßzwecke dienen und nach dem bestehenden Recht den staatlichen Rechtspflegeorganen obliegen. Es gebührt ihm also nicht nur die Prozeßentscheidung, sondern auch die Prozeßleitung sowie an sich auch die Beurkundung der Prozeßakte und die Vollstreckung der getroffenen Entscheidungen. Die Reichsgesetzgebung nimmt aber im Gegensatze zum früheren gemeinen und preußischen Prozeßrechte dem Richter einzelne zur Ausübung der Gerichtsgewalt gehörige Funktionen ab und überträgt sie auf andere Beamte (Gerichtsschreiber, Gerichtsvollzieher) und zwar in dem Sinne, daß jede Thätigkeit, welche eine Ausübung der Gerichtsbarkeit enthält, nur dann nicht dem Richter zusteht, wenn sie durch ausdrückliche Vorschrift einem anderen Organe übertragen ist.

Diese Fülle der Gerichtsgewalt wird beim Amtsgericht ausgeübt durch den Einzelrichter allein, bei den Kollegialgerichten durch das Kollegium (Kammer, Senat). Bei diesen aber sind eine Reihe von Gerichtsbarkeitsfunktionen auf den Vorsitzenden übertragen. Ihm ist, während er bei der Willensbildung des Kollegiums das gleiche Stimmrecht hat wie jeder andere Richter, die sogenannte Geschäftsleitung übertragen. Bei dieser Geschäftsleitung handelt er entweder nur als Mitglied des Kollegiums und daher nur dann, wenn gleichzeitig auch dieses in Thätigkeit ist: er leitet die Verhandlung und verkündet die von dem Kollegium getroffenen Entscheidungen (§§ 136, 139 CPO), oder er handelt allein, d. h. er übt Funktionen aus, die von der gleichzeitigen Thätigkeit des Kollegiums unabhängig sind. Während er dort im Kollegium steht und seine Handlungen in Folge

Digitized by Google

dessen Handlungen des Kollegiums bilden, steht er hier *außerhalb* des Kollegiums und handelt nur als sein Vertreter. Die Folge ist, daß er dort der Kontrolle des Kollegiums unterworfen ist (§§ 136, 139, 140 CPO) und daß die von ihm vorgenommene Handlung nur mit denjenigen Rechtsmitteln angegriffen werden kann, welche den Parteien gegenüber den gerichtlichen Handlungen überhaupt gegeben sind, daß er hier aber grundsätzlich von der Kontrolle des Kollegiums befreit ist und seine Handlungen daher nur durch das nächst-höhere Gericht abgeändert oder aufgehoben werden können. Solche selbständige Handlungen des Vorsitzenden sind die in den §§ 57, 668, 679, 686 CPO, § 36 RAO, §§ 216, 226, 239, 261, 262, 349, 361, 362, 363, 730, 733, 795, 944, 188 CPO bezeichneten Handlungen.

Das Gericht handelt auch dann als Einheit, wenn es aus mehreren Richterpersonen zusammengesetzt ist. Als Wille eines Kollegialgerichts gilt der übereinstimmende Wille der Mehrheit seiner Mitglieder. Der Feststellung dieses Willens dient die *Abstimmung*, welcher eine Berathung vorangehen *kann* und nach dem Sinne des Gesetzes regelmäßig vorangehen *soll*. Berathung und Abstimmung sind nach strenger Gesetzesvorschrift geheim (§ 195 GVG in der Fassung des Ges. v. 5. April 1888); es dürfen außer den zur Entscheidung berufenen Richtern nur die bei demselben Gerichte zu ihrer juristischen Ausbildung beschäftigten Personen zugegen sein: und auch diese nur dann, wenn der Vorsitzende ihre Anwesenheit gestattet; es folgt daraus, daß auch eine in Gegenwart anderer Personen durch Gebärden geschehende Abstimmung dem Gesetze widerspricht. Wesentliche Grundsätze sind überdies:

1. daß bei der *Entscheidung*, also bei der Abstimmung *nur* die gesetzlich bestimmte Anzahl von Richtern (also beim Landgericht 3, beim Oberlandesgericht 5, beim Reichsgericht 7 Richter), aber auch nicht eine geringere Zahl mitwirken darf (§ 194); ist, was zulässig, ein Ergänzungsrichter zur *Verhandlung* zugezogen, so darf er doch an der Abstimmung nur Theil nehmen, wenn einer der anderen Richter verhindert ist;

2. daß das Stimmrecht aller Richter, auch das des Vorsitzenden das gleiche ist; nur wenn es sich um Berichtigung des Urtheilsthatbestandes handelt, giebt bei Stimmengleichheit die Stimme des Vorsitzenden oder des ältesten Richters den Ausschlag (§ 320 CPO).

Digitized by Google

Die Berathung und Abstimmung wird vom Vorsitzenden geleitet, er stellt die Fragen und ertheilt das Wort, und zwar ist er bei der Berathung an eine bestimmte Reihenfolge nicht gebunden, während bei der Abstimmung der jüngste Richter beginnt, der Vorsitzende schließt, außer wenn ein Berichterstatter ernannt ist, in welchem Falle dieser zuerst stimmt (§§ 196, 198 GVG). Seine Stimme abzugeben ist jeder Richter kraft seines Amtes verpflichtet; er kann sich dieser Verpflichtung auch dann nicht entziehen, wenn er bei der Abstimmung über eine vorangegangene Frage in der Minderheit geblieben ist (§ 197 das.); er muß in diesem Falle also die von der Mehrheit getroffene Entscheidung als für sich bindend anerkennen, kann im übrigen aber nach freiem pflichtmäßigen Ermessen stimmen.

Die Streitfrage, ob die Abstimmung sich auf die Gründe für ein bestimmtes Ergebniß oder nur auf das Ergebniß selbst erstrecken soll, hat geringe praktische Bedeutung, da das abstimmende Kollegium über den Gegenstand, die Fassung und die Reihenfolge der Fragen bei einer etwaigen Meinungsverschiedenheit selbst zu entscheiden hat (§ 196 GVG) und dabei in gleicher Weise berücksichtigen muß, daß das Gesetz keine Entscheidung über die Gründe, sondern nur eine solche über den privat- oder prozeßrechtlichen Anspruch will, daß aber da, wo das Kollegium den Parteien die Gründe seiner Entscheidung mittheilen muß, natürlich nur diejenigen Gründe maßgebend sein können, von welchen die Mehrheit geleitet worden ist[1]). Das was gewöhnlich als Abstimmungsgründe bezeichnet wird, sind meistens Vorfragen; die Abstimmung hat sich aber zweckgemäß auf alle Vorfragen zu erstrecken, welche eine abgesonderte Entscheidung zulassen würden. Wenn also die drei Mitglieder eines Kollegiums zwar über die Abweisung der Klage einig sind, indessen in der Weise von einander abweichen, daß der A das dem Klageanspruche zu Grunde liegende Rechtsgeschäft für nichtig, der B den Einwand des Vergleiches, der C den Einwand mangelnder Passivlegitimation für begründet hält, so handelt es sich in Wahrheit um Vorfragen, die aus dem Grunde einzeln zur Abstimmung gestellt werden müssen, weil andernfalls die Entscheidung im Widerspruch mit den Gründen

[1]) Sonst sind sie nur rationes dubitandi.

Digitized by Google

stehen, also unlogisch sein würde. Der Einwurf, daß bei dieser Art der Abstimmung eine Entscheidung, nämlich die Verurtheilung des Beklagten, herauskommen würde, die Keiner gewollt hat, ist unzutreffend, denn jeder hat die Abweisung nur für den Fall gewollt, daß die von ihm über die Vorfrage aufgestellte Ansicht richtig wäre; sie ist aber durch bindenden Mehrheitsbeschluß für unrichtig erklärt. Jede einzelne Vorfrage kann selbst möglicherweise wiederum von einer Vorfrage abhängen. Wie weit diese Spaltung getrieben werden darf, hängt nur von Zweckmäßigkeitsrücksichten ab. Für den Fall der Abstimmung über Quantitäten hat das Gesetz durch eine ausdrückliche Vorschrift die sog. Kombinationsmethode angenommen (§ 198). Grundsätzlich nämlich entscheidet die absolute Mehrheit der Stimmen; bilden sich aber bei Quantitätsfestsetzungen mehr als zwei Meinungen, von denen keine die absolute Mehrheit erlangt, so ist die höchstvotirende Stimme der nächsthochvotirenden so lange zuzuzählen, bis sich eine Mehrheit bildet. Will also A die monatlichen Unterhaltsbeiträge auf 12, B und C auf 10, D auf 9, E auf 6 Mark festsetzen, so tritt A zu B und C hinzu, so daß die absolute Mehrheit für 10 ist[1]).

Das Stimmenverhältniß darf auf keine Weise bekannt gegeben werden (Rg. Straff. 26, 202)[2]).

§ 7. Die rechtliche Verhinderung des Richters.

Da das Gericht entscheidet, ist die Person des Richters, der allein oder mit Anderen zusammen das Gericht bildet, grundsätzlich gleichgültig. Die Sorge für eine unparteiische Rechtspflege aber hat diesen Grundsatz durchbrochen.

1. Ist ein Richter thatsächlich (durch Krankheit oder andere Umstände) an der Ausübung seines Amtes verhindert, so darf

---

[1]) Ueber die zahlreichen Zweifelsfragen Zacke: Ueber Beschlußfassung in Versammlungen und Collegien etc. 1867. v. Bar: Recht u. Beweis im Civilprozeß. 1867. S. 177 ff; jetzt aber besonders Planck. I S. 159 ff. v. Lang Ztschrft. f. CP. 26, 63 ff.

[2]) Eine Ausnahme bei Verkündung des Spruchs der Geschworenen (§ 307 StPO). Vgl. auch § 317 StPO. — Es ist deshalb nicht nur unpassend, sondern auch unstatthaft, in den Urtheilsgründen die Wendung zu gebrauchen: „Die Majorität des Schöffengerichts hat angenommen, daß . . .", und damit anzudeuten, daß der Vorsitzende von den Schöffen überstimmt worden ist. — Vgl. übrigens § 200 GVG., eine Bestimmung, die für die mit Beamteneigenschaft ausgestatteten Richter sich erübrigte.

Digitized by Google

nach deutschem Recht durch die Justizverwaltung nicht ein beliebiger anderer Richter, sondern nur sein regelmäßiger Vertreter berufen werden (§§ 62, 121, 133 GVG), ebenso kann der verhinderte Vorsitzende nur durch das älteste ständige Mitglied der Kammer oder des Senates im Vorsitze vertreten werden. Andernfalls ist das Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt, die von ihm gleichwohl vorgenommenen Prozeßhandlungen sind nichtig, es hat demnach die Pflicht, sich jeder Ausübung der Gerichtsgewalt so lange zu enthalten, bis dem Mangel abgeholfen ist (§§ 551 Nr. 1, 579 Nr. 1 CPO).

2. Daß der Richter in jedem Falle nur so handele, wie er es nach bestem Wissen und Gewissen für richtig hält, ist seine vornehmste Amtspflicht. Um aber den Widerstreit zwischen Pflichtgefühl und anderen Gefühlen zu vermeiden, verbietet das Gesetz in gewissen Fällen demjenigen Richter die Ausübung des Amtes, bei welchem jener Widerstreit anzunehmen ist. Das Gesetz unterscheidet aber:

a) In einzelnen vom Gesetz besonders bezeichneten Fällen ist der Verdacht parteiischer Amtsübung so stark, daß das Gesetz unmittelbar die Amtsthätigkeit dieses Richters verhindert: dieser ist kraft Gesetzes ausgeschlossen (§ 41 CPO), d. h. er darf eine richterliche Handlung nicht vornehmen, und die gleichwohl von ihm oder unter seiner Mitwirkung getroffenen Entscheidungen sind nichtig (§§ 551 Nr. 2, 579 Nr. 2 CPO). Man spricht deshalb in diesen Fällen von relativer Unfähigkeit des Richters.

b) In anderen Fällen besteht nur die Besorgniß der Befangenheit, und zwar entweder bei den Parteien (§ 42) oder bei dem Richter selbst (§ 48). Das Gesetz hat diese Fälle nicht aufgeführt, sondern sich darauf beschränkt, jene Besorgniß überall da als begründet anzuerkennen, wo ein Grund vorliegt, welcher geeignet ist, Mißtrauen gegen die Unparteilichkeit des Richters zu rechtfertigen (§ 42). In diesen Fällen findet der Ausschluß des Richters von seiner Amtsthätigkeit mit der unter a angegebenen Folge nur dann statt, wenn durch richterliche Entscheidung jene Besorgniß für begründet erklärt worden ist[1]).

Die Fernhaltung des kraft Gesetzes ausgeschlossenen Richters liegt im öffentlichen Interesse und geschieht daher von Amtswegen, doch können die Parteien auf das Vorhanden-

[1]) Ausnahme § 45 Abs. 2 (ohne Entscheidung).

Digitized by Google

sein eines **Ausschließungsgrundes** aufmerksam machen (§ 42); die **Besorgniß der Befangenheit** giebt den Parteien ein **Ablehnungsrecht, auf** das sie verzichten können und auf das sie **stillschweigend verzichten**, wenn sie trotz Kenntniß des **Ablehnungsgrundes vor** dem Richter verhandeln oder Anträge stellen (§ **43**).

Das **Verfahren** besteht darin, daß die Partei das Ablehnungsgesuch **bei** demjenigen Gerichte anbringt, welchem der Richter **angehört**. Der Ablehnungsgrund muß glaubhaft gemacht **werden, was** nicht durch eidesstattliche Versicherung, wohl aber **durch** Berufung auf das Zeugniß des Richters selbst **geschehen kann**. Der Richter hat sich auf das Gesuch dienstlich **zu äußern**, worauf das zuständige Gericht entscheidet. Zuständig **aber ist** das Gericht, dem der abgelehnte Richter angehört, **und wenn** dieses d. h. die Kammer oder der Senat, welcher **die Sache** selbst zu entscheiden hat, durch das Ausscheiden **des abgelehnten** Richters beschlußunfähig wird und durch **Herbeiziehung** von Vertretern nicht beschlußfähig gemacht werden **kann** (**RG** 16, 414), das im Instanzenzuge zunächst höhere **Gericht**. Wird aber ein Amtsrichter abgelehnt, so entscheidet **nicht** sein Vertreter, sondern das Landgericht[1]). Mündliche **Verhandlung** ist nicht erforderlich. Der Beschluß, welcher das Gesuch für begründet erklärt, ist unanfechtbar, **derjenige**, der das Gesuch zurückweist, unterliegt der sofortigen **Beschwerde** (§§ 44—46).

Die **bloße** Anbringung des Gesuches hat einen Schwebezustand zur Folge, welcher mit der Erledigung des Gesuches (**daher** auch im Falle des § 45 Absatz 2 Satz 2) endet, und **während** dessen der Richter berechtigt und verpflichtet ist, alle **keinen** Aufschub leidenden Prozeßhandlungen vorzunehmen.

Diese Handlungen bleiben gültig, auch wenn das Gesuch **für** begründet erklärt wird[2]), während die von einem kraft **Gesetzes** ausgeschlossenen Richter bewirkten Prozeßhandlungen **in** jedem Falle nichtig sind.

---

[1]) Erklärt der abgelehnte Amtsrichter das Gesuch für begründet, so bedarf es der Entscheidung des Landgerichts nicht (§ 45 Abs. 2), denn in diesem Falle steht das Ablehnungsrecht fest, weil der Amtsrichter das Gericht darstellt.

[2]) A. M. wohl nur Planck, I S. 122, welcher hier ganz auf dem gemeinrechtlichen Standpunkte steht. Gegen ihn spricht der Zweck des § 47 und die Fassung von §§ 551 Nr. 3, 579 Nr. 3 CPO.

Digitized by Google

Die Ausübung des den Parteien zustehenden Ablehnungsrechtes allein genügt nicht, um in allen Fällen vor der Mitwirkung eines befangenen Richters zu sichern. Daher kann ohne vorgängiges Gehör der Parteien und ohne daß diesen die getroffene Entscheidung mitgetheilt wird, ein Beschluß des zuständigen Gerichtes auch dadurch herbeigeführt werden, daß ein Richter selbst Anzeige macht von einem Verhältnisse, welches seine Ablehnung rechtfertigen könnte, oder daß sonst Zweifel an seiner Unbefangenheit auftauchen (§ 48).

§ 8. Gericht und beauftragter oder ersuchter Richter.

Das Gericht kann oder will nicht stets alle für erforderlich gehaltenen Prozeßhandlungen selbst vornehmen, ein Kollegialgericht kann vielmehr eines seiner Mitglieder mit der Vornahme einer Handlung beauftragen, und jedes Gericht kann ein anderes Gericht um Vornahme einer Handlung ersuchen. Ersuchtes Gericht kann immer nur ein Amtsgericht, ersucht oder beauftragt kann daher niemals ein Kollegium sein. Die CPO bedient sich daher des Ausdrucks ersuchter oder beauftragter „Richter."

Der beauftragte Richter ist Stellvertreter des Kollegiums, er ist von diesem bestellt, eine Prozeßhandlung vorzunehmen, welche an sich das Kollegium selbst vornehmen dürfte, aber aus einem bestimmten Grunde nicht vornehmen will oder kann. Es folgt hieraus nicht nur, daß die Befugnisse des beauftragten Richters nicht weiterreichen als der Auftrag [1]), sondern auch daß ein derartiger Auftrag nur in den gesetzlich bestimmten Fällen zulässig ist: bei Vornahme eines Sühneversuches (§ 296), bei der Beweisaufnahme in besonderen Fällen (§§ 361, 355, 372, 375, 402, 405, 434, 479 CPO), bei Vernehmung einer Partei in einer Ehesache (§ 619) oder einem Prozesse über das Rechtsverhältniß zwischen Eltern und Kindern (§ 640).

Aber auch der ersuchte Richter handelt Namens und im Auftrage des ersuchenden Gerichts. Ersuchter und beauftragter Richter werden daher in der CPO regelmäßig neben einander gestellt. Beide haben die Prozeßleitung innerhalb der von

[1]) Der mit der Vernehmung von Zeugen beauftragte Richter darf daher nicht selbständig die Einholung eines Gutachtens von einem Sachverständigen beschließen.

Digitized by Google

ihnen geübten Befugnisse (§ 229) und die Prozeßdisziplin (§ 182 GVG). Wird eine von ihnen getroffene Entscheidung angefochten, so ist nicht das Beschwerdegericht, sondern das Prozeßgericht anzurufen, und erst gegen dessen Entscheidung findet die Beschwerde statt (§ 576 CPO)[1]).

§ 9. Der Gerichtsschreiber.

Gerichtsschreiber ist Derjenige, welcher mit der Beurkundung der gerichtlichen Verhandlungen und mit der Sammlung und Aufbewahrung der Akten beauftragt ist.

1. Die Beurkundung erfolgt aber nicht durch den Gerichtsschreiber allein, sondern durch ihn und den Vorsitzenden (§ 163 CPO). Daß der Gerichtsschreiber das Verhandlungsprotokoll eigenhändig niederschreibe, ist nicht erforderlich; er hat es nur zu unterschreiben und damit neben dem Vorsitzenden die Verantwortung für die Richtigkeit des Protokolles zu übernehmen. Aus der Nebeneinanderstellung von Vorsitzendem und Gerichtsschreiber folgt, daß das Protokoll nur durch das Zusammenwirken beider zu Stande kommt und daß sie dabei — mag ihre Amtsstellung im übrigen sein, welche sie wolle — einander gleichstehen. Daß der Vorsitzende dem Gerichtsschreiber das Protokoll diktirt, ist daher nur insoweit zulässig, als der Gerichtsschreiber das Diktirte billigt. Gegenüber dieser bloßen Mitwirkung ist der Gerichtsschreiber in folgenden Fällen mit der alleinigen Beurkundung beauftragt:

a) er bezeugt auf dem Urtheil den Tag der Urtheilsverkündung (§ 315 Abs. 3);
b) er bezeugt die Uebereinstimmung von Ausfertigungen und Auszügen des Urtheils mit der Urschrift (§ 317);
c) er bezeugt die Rechtskraft des Urtheils (§ 706);
d) er ertheilt die vollstreckbare Ausfertigung von Urtheilen und anderen Vollstreckungstiteln (§ 724, 797);

2. In das Gebiet der Sammlung der für die richterliche Thätigkeit erforderlichen Schriftstücke gehört die Vermittelung des Verkehrs zwischen dem Gericht und bezw. dem Gerichtsvollzieher und Dritten. Daher werden Schriftsätze und Ur-

[1]) Eine Ausnahme macht die Festsetzung von Zeugen- oder Sachverständigengebühren durch den ersuchten oder beauftragten Richter. Gegen diese Festsetzung findet Beschwerde an das höhere Gericht statt. (RG. 17, 352).

Digitized by Google

kunden auf der Gerichtsschreiberei niedergelegt (z. B. §§ 133, 216, 142), die Versendung der Akten an das höhere Gericht erfolgt durch die Gerichtsschreibereien (§§ 544, 566). Der Gerichtsschreiber hat den Verkehr der Partei mit dem Gerichtsvollzieher zu vermitteln (§ 166 CPO).

3. Dem Gerichtsschreiber liegt ferner ob:

die Aufnahme von Anträgen und Erklärungen außerhalb der eigentlichen Gerichtsverhandlungen. Dadurch, daß die CPO in zahlreichen Fällen die Erklärung zu gerichtlichem Protokoll gestattet, sichert sie die sachgemäße Herstellung von schriftlichen Parteierklärungen und erleichtert sie die Ausübung der eigentlich richterlichen Thätigkeit. Es handelt sich überall um Anträge, deren Abfassung nicht gerade eingehende Rechtskenntnisse, aber Uebung und Geschäftsgewandtheit voraussetzt (§§ 44, 104, 118, 248, 381, 386, 389, 406, 486, 496, 501, 502, 569, 573, 647, 676, 680, 685, 920, 947 CPO)[1]).

Hieraus folgt, daß der Gerichtsschreiber ein gerichtsverfassungsmäßig nothwendiges Glied einer jeden Gerichtsbehörde ist. Das GVG (§ 154) hat sich aber darauf beschränkt, die Einrichtung einer Gerichtsschreiberei für jedes Gericht anzuordnen, und hat die Geschäftseinrichtung für das Reichsgericht dem Reichskanzler, für alle anderen Gerichte der Landesjustizverwaltung überlassen.

Daraus, daß über die mündliche Verhandlung ein Protokoll aufgenommen und von dem Gerichtsschreiber mit unterschrieben werden muß (§§ 159, 163 CPO), folgt die Nothwendigkeit der Anwesenheit eines Gerichtsschreibers bei jeder mündlichen Verhandlung, der Gerichtsschreiber ist aber nicht Mitglied des erkennenden Gerichts, sein Fehlen in der Verhandlung bildet daher weder einen Revisions- noch einen Nichtigkeitsgrund (§§ 551 Nr. 1, 579 Nr. 1), er darf ferner der Berathung und Abstimmung nicht beiwohnen (§ 195 GVG), und wenn diejenigen Richter, welche den früheren Parteivortrag gehört haben, auf eine Wiederholung dieses Vortrages in einer späteren Verhandlung verzichten zu können glauben, so brauchen sie sich durch einen Wechsel in der Person des Gerichtsschreibers nicht beirren zu lassen.

---

[1]) Außerdem in der KO. u. a. Gesetzen.

Digitized by Google

Auch der Gerichtsschreiber kann kraft Gesetzes ausgeschlossen sein und abgelehnt werden. Die Entscheidung gebührt dem Gericht, bei dem er angestellt ist.

§ 10. Der Gerichtsvollzieher.

Der Gerichtsvollzieher ist der mit der Vornahme von Zustellungen und Vollstreckungshandlungen betraute Beamte (§ 155 GVG). Das Gesetz zählt zu seinen Obliegenheiten auch die Ladungen, aber mit Unrecht, da der Gerichtsvollzieher nicht selbst ladet, sondern nur die Ladung zustellt[1]).

Mit der Einführung des Gerichtsvollzieheramtes ist das deutsche Recht grundsätzlich vom gemeinrechtlichen System, das die Zustellungen und Vollstreckungen durch gerichtliche, nur im Auftrage des Gerichtes handelnde Unterbeamte ausführen ließ, abgewichen und dem französischen Rechte, das in den huissiers selbständige Beamte mit jenen Funktionen betraut und das schon in Hannover und Bayern Nachahmung gefunden hatte, gefolgt. Die Anlehnung an das französische Recht ist aber nur im Prinzip erfolgt, im einzelnen ist auch das gemeine Recht von Einfluß gewesen.

1. Der Gerichtsvollzieher ist Beamter, und da er in der Regel von Anweisungen des Richters nicht abhängt, sondern über die gesetzlichen Voraussetzungen seiner Amtsthätigkeit selbst zu entscheiden hat, auch selbständiges Rechtspflegeorgan.

2. Er wird thätig im unmittelbaren oder durch den Gerichtsschreiber vermittelten „Auftrage" der Partei oder im Auftrage des Gerichts. Aus seiner Amtsstellung folgt aber, daß durch diesen Auftrag, jedenfalls insoweit der G. öffentlichrechtliche Funktionen vornimmt, kein civilistisches Mandats- oder Dienstverhältniß begründet werden kann[2]).

3. Die Gerichtsvollzieher haben nach Maßgabe der Gebührenordnung für G. vom 20. Mai 1898 (neue Fassung) Anspruch auf Erstattung von Auslagen und auf Zahlung von Gebühren, die aber von der Partei und, dem Begriffe „Gebühren" entsprechend, für den einzelnen Fall gezahlt werden und auch vom Staate entrichtet werden, wenn er der Auftraggeber ist. Die Dienstverhältnisse der G. unter-

---

[1]) S. Wach I S. 321.

[2]) Ueber diese Streitfrage (vgl. besonders RG. 16, 396) s. unten bei der Lehre von der Zwangsvollstreckung.

Digitized by Google

liegen für das Reichsgericht der Bestimmung durch den Reichskanzler, für die von den einzelnen Bundesstaaten angestellten G. der Bestimmung durch die Landesjustizverwaltung (§ 155 GVG). Die Bundesstaaten sind sogar befugt, die Gebühren und Auslagen für sich einzuziehen und den Gerichtsvollziehern eine andere Vergütung zu gewähren.

Nach der eigenthümlichen Regelung, welche das Gerichtsvollzieherinstitut in Deutschland erfahren, ist bei den Zustellungen der G. in der Mehrzahl aller Fälle thatsächlich nur ein dem Auftraggeber die Mühe der Postaufgabe abnehmender Bote, da die Zustellung selbst in den allermeisten Fällen von Postboten ausgeführt wird [1]). Bei der Zwangsvollstreckung unterliegt er der nachträglichen Korrektur durch das Vollstreckungsgericht, falls die von ihm vorgenommenen Handlungen beanstandet werden. Außerdem sind alle Entscheidungen irgend schwierigerer Art dem Richter übertragen. Uebrigens ist der G. nicht das einzige Vollstreckungsorgan.

Der G. ist in gewissen Fällen kraft Gesetzes ausgeschlossen (§ 156 GVG), dagegen findet die Ablehnung eines G. nicht statt, da er stets im Interesse und Auftrage nur einer Partei auftritt und eine die Interessen beider Parteien unparteiisch abwägende Entscheidung nicht zu treffen hat; es ist für ihn aber Dienstpflicht, einen Auftrag dann abzulehnen, wenn die Ausführung des Auftrages mit seinen persönlichen Interessen in Widerstreit tritt.

§ 11. Die Rechtsanwälte.

Durch die in § 78 CPO enthaltene Vorschrift, daß vor den Landgerichten und vor allen Gerichten höherer Instanz die Parteien sich durch einen beim Prozeßgerichte zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten vertreten lassen müssen, daß also die vor diesen Gerichten vorgenommenen Parteihandlungen nur dann Gültigkeit haben, wenn sie von einem Rechtsanwalt für die Partei vorgenommen sind, erhebt das Gesetz den Rechtsanwalt von einem bloßen Gewerbetreibenden zu einem nothwendigen Organe der Civilrechtspflege [2]). Das

[1]) Darüber s. die Lehre von der Zustellung.

[2]) Die §§ 138, 144 StPO bevorzugen allerdings die Rechtsanwälte unter den vom Gesetze zugelassenen Vertheidigern; es wäre aber zu wünschen, daß in allen vor der Strafkammer zu verhandelnden Sachen der Angeklagte im Beistande eines Rechtsanwalts als entweder

Digitized by Google

Gesetz geht dabei davon aus, daß die Rechtsprechung der Gerichte eine Förderung erfährt, wenn die Interessen der Parteien durch Rechtsanwälte wahrgenommen werden; nur aus diesem Grunde liegt der Anwaltszwang im öffentlichen Interesse. Da es jedoch immer Privatinteressen bleiben, die der Rechtsanwalt im einzelnen Falle wahrnimmt, ist er zwar nicht Beamter, aber die Ausübung seines Berufes hängt von staatlicher Zulassung ab. Obwohl daher der Rechtsanwalt im einzelnen Falle auf Grund eines privatrechtlichen Vertrages, der nach BGB (§§ 611, 612, 662, 675) einen Dienstvertrag darstellt, thätig wird, übt er bei dieser Thätigkeit doch einen öffentlichrechtlichen Beruf aus[1]). Diese Verbindung zweier Rücksichten hat dazu geführt, daß die Rechtsanwaltschaft als ein besonderer Beruf ihre gesetzliche Regelung weder im GVG noch in der Gewerbeordnung finden konnte, sondern in einem besonderen Gesetze, und zwar in der Rechtsanwaltsordnung vom 1. Juli 1878 finden mußte, daß der Rechtsanwalt gewisse amtsähnliche Verpflichtungen hat und daß er einer Disziplinargewalt unterworfen, im übrigen aber nur seinem Auftraggeber gegenüber verantwortlich ist.

Die RAO beruht auf dem Grundsatz der freien Advokatur insofern, als ein Jeder, der die vom Gesetze vorgeschriebenen Bedingungen erfüllt, zur Rechtsanwaltschaft zugelassen werden muß und nur aus den vom Gesetze angegebenen Gründen zurückgewiesen werden darf (§ 4), sie enthält aber eine Beschränkung dieses Prinzips insofern, als die Ausübung der Rechtsanwaltschaft eben von staatlicher Zulassung abhängt und insofern als sie lokalisirt ist.

Ueber die Zulassung entscheidet die Landesjustizverwaltung. Voraussetzung für die Zulassung ist die Befähigung zum Richteramte; die Zulassung muß gewährt werden Demjenigen, der diese Befähigung in dem Bundesstaate erlangt hat, in welchem er seine Zulassung beantragt, sie kann auch in einem anderen Bundesstaate gewährt werden (§§ 1, 2, 4).

---

selbstgewählten oder bestellten Vertheidigers erscheinen müsse. Der Rechtsanwalt würde dann auch im Strafprozeß ein nothwendiges Rechtspflegeorgan werden. Damit würde der Vortheil erreicht, daß der Strafkammer ein vollständiges, von beiden Theilen wohl vorbereitetes Material vorgelegt würde. Das Verlangen nach Einführung der Berufung würde alsdann verstummen und jedenfalls der Berechtigung entbehren.

[1]) Vgl. RG 14, 285 ff.

Digitized by Google

Die Zulassung kann aus bestimmten Gründen und sie muß aus bestimmten Gründen abgelehnt werden (§§ 6, 5); in jedem Falle muß der Vorstand der Anwaltskammer vor der Zulassung gehört werden (§ 3), und der ablehnende Bescheid muß den Grund der Versagung angeben (§ 16).

Die Zulassung ist lokalisirt, insofern sie nur für ein bestimmtes Gericht oder nur für einzelne bestimmte Gerichte erfolgt (§ 8) d. h. der bei einem bestimmten Gerichte zugelassene Rechtsanwalt kann die Rechtsanwaltschaft, soweit Anwaltszwang besteht, nur bei demjenigen Gerichte ausüben, bei welchem er zugelassen ist, dagegen kann er, soweit Anwaltszwang nicht besteht, vor jedem Gerichte innerhalb des Reiches Prozeßhandlungen vornehmen (§§ 26, 27 RAO. 78, 79 CPO). Die Zulassung bei diesem Gericht kann nicht wegen mangelnden Bedürfnisses, doch kann sie wegen nahen Verwandschafts- oder Schwägerschaftsverhältnisses des Anwalts zu einem der Richter dieses Gerichts abgelehnt werden (§§ 13, 14). Die Befugniß zur Ausübung der Praxis beginnt erst mit der Eintragung des Rechtsanwalts in die beim Gerichte der Zulassung geführte Liste, und dieser Eintragung geht die in einer Sitzung dieses Gerichts geschehene Vereidigung („daß er die Pflichten eines Rechtsanwalts gewissenhaft erfüllen werde") voran. Die Zulassung kann unter gewissen Voraussetzungen zurückgenommen, sie kann auch vom Anwalt selbst aufgegeben werden. Erlischt die Zulassung aus irgend einem Grunde, so ist der Rechtsanwalt in der Liste zu löschen.

Die Pflichten des Rechtsanwalts bestehen nach dem Gesetz

1. in einer Residenzpflicht; und zwar muß er spätestens binnen 3 Monaten an dem Orte des Gerichts der Zulassung seinen Wohnsitz nehmen, andernfalls die Zulassung zurückgenommen werden muß (§§ 18, 21[1]);

2. in einer Pflicht, unter gewissen Voraussetzungen dem rechtsuchenden Publikum seine Dienste nicht zu versagen; er muß nämlich einen Auftrag übernehmen:

   a) wenn er vom Prozeßgericht zum Armenanwalt bestellt ist (§§ 114ff CPO 34 RAO);
   b) wenn er vom Prozeßgericht einer Partei, welche einen zu ihrer Vertretung geneigten Anwalt nicht findet, beigeordnet wird (§ 33 RAO).

Im Falle zu a kann die Bestellung auch in solchen Fällen, für welche Anwaltszwang nicht besteht, im Falle zu

Digitized by Google

b darf sie nur in einem Falle, für welchen dieser Zwang besteht, erfolgen, und auch hier nur dann, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nicht muthwillig oder aussichtslos erscheint.

3. in einer Pflicht, in gewissen Fällen — wenn er für eine pflichtwidrige Handlung in Anspruch genommen wird, wenn er in derselben Sache für eine andere Partei im entgegengesetzten Interesse thätig gewesen ist, wenn er an der Entscheidung der Sache als Richter Theil genommen hat — seine Dienste zu versagen, und

4. von der Ablehnung eines Antrages dem Antragsteller unverzüglich Nachricht zu geben, widrigenfalls er für den durch die Verzögerung verursachten Schaden haftet (vgl. § 30 RAO, 663, 675 BGB);

5. in der Pflicht zu gewissenhafter Ausübung seiner Berufsthätigkeit und zu achtungswürdigem Verhalten innerhalb wie außerhalb der Ausübung seines Berufes (§ 28 RAO).

Alle innerhalb eines Oberlandesgerichtsbezirks zugelassenen Rechtsanwälte bilden eine Anwaltskammer d. h. eine öffentlichrechtliche Korporation von Berufsgenossen (§§ 41, 49 Nr. 5). Sie hat ihren Sitz am Orte des Oberlandesgerichts und wird durch einen Vorstand von wenigstens 9 und höchstens 15 Mitgliedern vertreten. Der Vorstand verwaltet das Vermögen der Kammer, vermittelt Streitigkeiten unter den Mitgliedern sowie zwischen einem Mitgliede und seinem Auftraggeber, erstattet auf Verlangen der Landesjustizverwaltung oder bei Streitigkeiten zwischen einem Mitgliede und seinem Auftraggeber auf Verlangen der Gerichte Gutachten, insbesondere aber übt sie die Aufsicht über die den Mitgliedern der Kammer obliegenden Pflichten und handhabt die ehrengerichtliche Strafgewalt. In der Unterwerfung unter diese Disziplinargewalt zeigt sich vornehmlich die amtsähnliche Stellung des Rechtsanwaltsberufes. In dem ehrengerichtlichen Verfahren, das gegen einen Rechtsanwalt, welcher seine Pflichten verletzt hat, einzuleiten ist, und in welchem eine Bestrafung mit Warnung, Verweis, Geldstrafe bis zu 3000 M. und sogar mit Ausschließung von der Rechtsanwaltschaft erkannt werden kann, wirkt die Staatsanwaltschaft mit. Das Disziplinargericht der ersten Instanz, das Ehrengericht, besteht aus 5 Mitgliedern des Vorstandes der Anwaltskammer, das der zweiten Instanz, der Ehrengerichtshof, der im Wege der Berufung angegangen werden kann, besteht

Digitized by Google

aus dem Präsidenten des Reichsgerichts als Vorsitzenden, 3 Mitgliedern des Reichsgerichts und 3 Mitgliedern der Anwaltskammer beim Reichsgerichte. Ist gegen einen Beschluß des Ehrengerichts die Beschwerde zulässig, so entscheidet das Oberlandesgericht. Das Verfahren ist eingehend geregelt in Anlehnung an das vor die Strafkammer gehörige Strafverfahren (§§ 62—97).

Ueber die Rechtsanwaltschaft beim Reichsgericht gelten besondere Bestimmungen (§§ 98—102).

Die dem Rechtsanwalt zustehende Vergütung kann zwischen ihm und dem Auftraggeber durch Vertrag festgesetzt werden. Ist eine solche Vereinbarung nicht getroffen oder ist der Rechtsanwalt durch das Gericht bestellt, so bemißt sich die Vergütung nach der Gebührenordnung für Rechtsanwälte vom 7. Juli 1879. Diese unterscheidet, wie das Gerichtskostengesetz, Gebühren und Auslagen. Gebühren sind Vergütungen für die Thätigkeit des Anwalts. Die Gebührenordnung hat das System der Bauschgebühren angenommen d. h. von Vergütungen, welche in einem Satze eine Gesammtheit von Handlungen belohnen; außerhalb der eigentlichen Prozeßvertretung kommen aber auch Einzelgebühren d. h. Vergütungen für einzelne Handlungen, vor. Ein die Vergütung festsetzender Vertrag bindet nur den Anwalt und seinen Auftraggeber, letzteren überdies nur, wenn er sich schriftlich verpflichtet hat. Der zahlungspflichtige Gegner (§ 91 CPO) kann sich auf den Vertrag nicht berufen, er hat die gesetzlichen Gebühren und Auslagen zu erstatten.

§ 12. Die Staatsanwaltschaft.

Die St. ist strafverfolgende (§ 152 StPO) und strafvollstreckende (§ 483 StPO) Behörde, sie ist aber auch im Civilprozeß zur Mitwirkung berufen, doch nicht in dem Umfange, wie in Frankreich, sondern nur da, wo das öffentliche Interesse eine besondere Vertretung verlangt, folglich nur da, wo an der einzelnen richterlichen Entscheidung überhaupt ein öffentliches Interesse obwaltet, d. h. in Ehesachen, in Rechtsstreitigkeiten, welche die Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern zum Gegenstande haben, und in Entmündigungssachen (§ 607, 640, 646ff CPO). In diesen Fällen sind entweder

Digitized by Google

1. die von dem Zweiparteienverhältniß des Civilprozesses geforderten Parteien von vornherein vorhanden, der Staatsanwalt daher darauf beschränkt, das durch die Anführungen der Parteien nicht zur Geltung gebrachte öffentliche Interesse wahrzunehmen; seine Mitwirkung ist in diesen Fällen nicht geboten, er kann daher der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht beiwohnen und sich gutachtlich äußern. Da aber das Gericht die Pflicht hat, das öffentliche Interesse von Amtswegen wahrzunehmen, ist die Thätigkeit des St. insoweit bedeutungslos und unterbleibt auch regelmäßig. Wichtiger ist, daß er im Interesse der Aufrechterhaltung der Ehe neue Thatsachen und Beweismittel erbringen, dem Gericht also Prozeßstoff unterbreiten kann, der sonst dem Gericht unbekannt bleiben würde (§ 607); er ist aber nicht Partei, denn er hat nicht das Recht, durch Anträge in den Prozeßgang einzugreifen nnd Rechtsmittel einzulegen, und auch hinsichtlich jener Thatsachenanführung wirkt er nur anregend, nicht bestimmend auf das Gericht (vgl. § 622 Abs. 1). Oder es ist

2. die Mitwirkung des Staatsanwalts nothwendig, damit ein richterliches Verfahren nur überhaupt stattfinden kann oder damit es in der Weise betrieben wird, daß der Richter das öffentliche Interesse genügend wahren kann. Aus diesem Grunde verkörpert das Gesetz das allgemeine Interesse zu einer Partei und räumt deshalb dem dieses Interesse wahrnehmenden Staatsanwalt entweder die Rolle einer Hauptpartei oder doch die einer Nebenpartei ein; denn auch wenn er nicht Hauptpartei ist (§§ 632, 637, 646, 664, 666), kann er doch selbständig Anträge stellen und Rechtsmittel einlegen[1]). Dadurch kann der Staatsanwalt thatsächlich zum Gehülfen einer Privatpartei werden, seiner rechtlichen Stellung nach aber ist er es nicht.

Es folgt hieraus, daß der Staatsanwalt in den bezeichneten Fällen selbständiges Rechtspflegeorgan ist, er ist aber selbst in den Fällen, in denen er nur mitwirken kann (Nr. 1), nicht Mitglied des Gerichts. Er darf also auch der Berathung der Richter nicht beiwohnen (§ 195 GVG.)

[1]) Vgl. hierüber (aber zum Theil abweichend) Planck I S. 143 ff. Kohler: Prozeßrechtliche Forschungen. 1889 S. 106 ff.

Digitized by Google

B. Die Vertheilung der Gerichtsbarkeit unter die Rechtspflegeorgane.

§ 13. Die Vertheilung der Rechtspflegefunktionen.

Die Aufzählung der vom Gesetz eingesetzten Rechtspflegeorgane machte die Aufzählung der ihnen zugewiesenen Thätigkeitskreise nothwendig. Es ergiebt sich daraus, daß bei jedem Prozeß mehrere, vielleicht alle dort genannten Rechtspflegeorgane in Thätigkeit treten. Das wichtigste Organ bleibt immer das Gericht. Nicht alle Gerichte aber haben eine qualitativ gleiche Aufgabe, vielmehr wird unterschieden in

1. Prozeßgericht und Vollstreckungsgericht,
2. Gerichte erster und Gerichte höherer Instanz.

1. Der Gegensatz von Prozeßgericht und Vollstreckungsgericht lehnt sich an den Gegensatz von Feststellungsverfahren und Vollstreckung an. Im Gegensatze zum gemeinen Rechte und den an dieses sich anschließenden partikularen Prozeßordnungen trennt die CPO diese beiden Verfahren von einander, indem sie das Feststellungsverfahren vor das Gericht als solches, das Vollstreckungsverfahren aber an verschiedene Rechtspflegeorgane weist. Da zu letzteren auch ein Gericht gehört, das vom erkennenden Gerichte verschieden ist, ergiebt sich der oben aufgestellte Gegensatz von selbst. Prozeßgericht ist das mit der Feststellung des Klageanspruches befaßte Gericht, seine Aufgabe besteht also darin, über das Bestehen des klägerischen Anspruches das Urtheil zu fällen. Es kann also nach der Verschiedenheit der sachlichen Zuständigkeit sowohl das Amtsgericht als auch das Landgericht Prozeßgericht sein, und kommt die Sache in eine höhere Instanz, so ist das Rechtsmittelgericht (Landgericht, Oberlandesgericht, Reichsgericht) Prozeßgericht. Vollstreckungsgericht ist immer ein Amtsgericht und zwar, von besonderen Fällen abgesehen, dasjenige Amtsgericht, in dessen Bezirke das Vollstreckungsverfahren stattfinden soll oder stattgefunden hat (§ 764 CPO). Seine Aufgabe besteht in der Anordnung von Vollstreckungshandlungen und in der Mitwirkung bei solchen (§ 764 das.). Dem Vollstreckungsgericht ist die Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere

Digitized by Google

Vermögensrechte (§ 828), das Vertheilungsverfahren (§§ 872 ff.), die Abnahme des Offenbarungseides (§ 899) sowie die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung von Gegenständen des unbeweglichen Vermögens (§ 1 ZVG) zugewiesen (vgl. § 866 CPO, § 1 GBO), ferner hat es in den Fällen, in denen die Zwangsvollstreckung vom Gerichtsvollzieher ausgeführt wird, etwa erforderlich werdende Entscheidungen zu treffen (vgl. besonders § 766 CPO). Das Nähere s. in der Lehre von der Zwangsvollstreckung.

2. Die Gerichte stehen untereinander im Verhältniß der Nebenordnung (koordinirte Gerichte) oder der Ueber- und Unterordnung (super- und subordinirte Gerichte). Uebergeordnet ist einem Gerichte ein anderes Gericht dann, wenn das letztere befugt ist, Entscheidungen jenes abzuändern oder aufzuheben und ihm mit verbindlicher Kraft die Vornahme von Handlungen aufzutragen. Dieser Eingriff des übergeordneten Gerichts in die Thätigkeit des untergeordneten kann nach deutschem Prozeßrecht nur in Folge Anrufung des höheren Gerichts durch eine Partei d. h. in Folge eines Rechtsmittels geschehen. Daher werden die nur durch Rechtsmittel in Thätigkeit gesetzten Gerichte auch Rechtsmittelgerichte genannt. Die Gewährung von Rechtsmitteln hat dazu geführt, den Inbegriff aller derjenigen Handlungen, die vor und von einem und demselben Gerichte vorgenommen werden, als Instanz zu bezeichnen. Die erste Instanz bildet daher das vor dem untergeordneten Gerichte, die zweite Instanz das vor dem nächst-höheren Gerichte stattfindende Verfahren, soweit es durch einen und denselben Antrag veranlaßt ist. Die erste Instanz wird veranlaßt durch den Klageantrag oder den einen rein prozessualischen Anspruch (z. B. Bewilligung des Armenrechts) zum Ausdruck bringenden Antrag, die zweite, dritte u. s. w. Instanz dagegen durch den Rechtsmittelantrag (auf Abänderung oder Aufhebung der vorangegangenen Entscheidung). Wenn also eine Klage beim Amtsgericht angebracht, die Sache aber auf Antrag einer Partei wegen sachlicher Unzuständigkeit des Amtsgerichts an das Landgericht verwiesen wird, so bildet das amts- und das landgerichtliche Verfahren zusammen nur eine Instanz, denn das Landgericht hat nicht über einen Rechtsmittel-, sondern noch über den Klageantrag zu entscheiden (vgl. § 26 der Gebühren-O. für Rechtsanwälte, §§ 30, 31, 33 des GKG.)

Digitized by Google

Die Amtsgerichte können stets nur die erste Instanz bilden, eine Reihe von Sachen gehört aber in erster Instanz vor das Landgericht. Amtsgericht und Landgericht sind daher die Gerichte erster Instanz und sind insoweit einander nebengeordnete Gerichte. Für die in erster Instanz vor die Amtsgerichte gehörigen Sachen ist aber das Landgericht Rechtsmittelgericht auf Berufung oder Beschwerde einer Partei, und insofern ist das Landgericht den Amtsgerichten seines Sprengels übergeordnet. Die Oberlandesgerichte sind den Landgerichten und damit den Amtsgerichten ihres Bezirks, das Reichsgericht ist den Oberlandesgerichten und damit den Landgerichten und Amtsgerichten des Reiches übergeordnet. Oberlandesgericht und Reichsgericht sind in Civilsachen immer nur Rechtsmittelgerichte.

Unter den Gerichten gleicher Ordnung ist die Gerichtsbarkeit nach der Art der Sachen (sachliche Zuständigkeit), und unter gleichgeordneten sachlich zuständigen Gerichten nach räumlichen Grenzen (örtliche Zuständigkeit) vertheilt. Diese Vertheilung gilt aber nur für die Gerichte erster Instanz, denn für die höheren Gerichte ergiebt sich die Zuständigkeit allein daraus, daß in der vorigen Instanz ein ihm untergeordnetes d. h. seinem Bezirk angehöriges Gericht entschieden hat.

§ 14. Die sachliche Zuständigkeit der Gerichte.

Die Vertheilung der sachlichen Zuständigkeit der Gerichte beruht auf der Verschiedenartigkeit der Anforderungen, welche die Verhandlung und Entscheidung der verschiedenen Rechtsstreitigkeiten an die Gerichte stellt. Unser Prozeßrecht verweist alle diejenigen Sachen, welche eine schnelle Erledigung verlangen, sowie diejenigen, von denen anzunehmen ist, daß die Urtheilsfindung eine einfache und leichte sein wird, an die Amtsgerichte. Das Gesetz steht dabei auf dem (unrichtigen) Standpunkte, daß es die Prozesse, welche einen Streitgegenstand von geringem Vermögenswerthe betreffen, ohne weiteres als die minder wichtigen behandelt. Die Zulässigkeit der Prorogation (§§ 38 ff.) beseitigt diesen Mangel des Gesetzes nicht völlig.

I. Dem Amtsgericht sind nach § 23 GVG übertragen:

Digitized by Google

1. Streitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche,[1]) deren Gegenstand an Geld oder Geldeswerth die Summe von dreihundert Mark nicht übersteigt;

2. ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes:

a) Streitigkeiten zwischen dem Vermiether und dem Miether oder Untermiether von Wohnräumen oder anderen Räumen oder zwischen dem Miether und dem Untermiether solcher Räume, wegen Ueberlassung, Benutzung oder Räumung, sowie wegen Zurückhaltung der von dem Miether oder dem Untermiether in die Miethsräume eingebrachten Sachen;

b) Streitigkeiten zwischen Dienstherrschaft und Gesinde, zwischen Arbeitgebern und Arbeitern hinsichtlich des Dienst- oder Arbeitsverhältnisses, sowie die im § 3 Abs. 1 des Gesetzes betreffend die Gewerbegerichte vom 29. Juli 1890 bezeichneten Streitigkeiten, insofern diese während der Dauer des Dienst-, Arbeits- oder Lehrverhältnisses entstehen;

c) Streitigkeiten zwischen Reisenden und Wirthen, Fuhrleuten, Schiffern, Flößern oder Auswanderungsexpedienten in den Einschiffungshäfen, welche über Wirthszechen, Fuhrlohn, Ueberfahrtsgelder, Beförderung der Reisenden und ihrer Habe und über Verlust und Beschädigung der letzteren, sowie Streitigkeiten zwischen Reisenden und Handwerkern, welche aus Anlaß der Reise entstanden sind;

d) Streitigkeiten wegen Viehmängeln;

e) Streitigkeiten wegen Wildschadens;

f) Ansprüche aus einem außerehelichen Beischlafe;

g) das Aufgebotsverfahren.

Nach besonderer Vorschrift sind die Amtsgerichte ferner zuständig für das Mahnverfahren (§§ 689 ff CPO), das Entmündigungsverfahren (§§ 645, 676, 680, 685), für die Vornahme des Sühneversuches (§§ 510, 609), für die Sicherung des Beweises in dringenden Fällen (§ 486), für das Konkursverfahren (§ 71 KO), und sind in den meisten Fällen Vollstreckungsgericht (§§ 764, 828, 853, 873, 899 CPO. § 1 ZvstG).

---

[1]) Als vermögensrechtliche Ansprüche sieht unser Prozeßrecht alle diejenigen an, die sich in Geld schätzen lassen, sollten sie auch aus einem Persönlichkeits- oder Personenrechte entstanden sein.

Digitized by Google

II. Dem Landgericht sind nach § 70 GVG übertragen:

1. alle vermögensrechtlichen Prozesse mit einem Streitgegenstande von mehr als 300 Mark, sofern sie nicht ausdrücklich (vgl. zu 1) an die Amtsgerichte gewiesen sind;

2. die Rechtsstreitigkeiten aus Persönlichkeits- und aus Personenrechten, sofern die ersteren nicht auf eine in Geld schätzbare Leistung gerichtet sind, mit Ausnahme der zu I genannten Ansprüche und natürlich auch mit Ausnahme derjenigen, die nicht im Wege des Civilprozesses, sondern ohne förmliches Verfahren vom Vormundschaftsrichter zu entscheiden sind;

3. gewisse Rechtsstreitigkeiten, die ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes an die Landgerichte gewiesen sind; dieser Zutheilung liegt der Zweck zu Grunde, die Entscheidung des Revisionsgerichtes zu ermöglichen (§ 547 Abs. 2 CPO); es sind

a) die Ansprüche, welche auf Grund des G. v. 1. Juni 1870 über die Abgaben von der Flößerei oder auf Grund des G. v. 31. März 1873 über die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten gegen den Reichsfiskus erhoben werden;

b) die Ansprüche gegen Reichsbeamte wegen Ueberschreitung ihrer amtlichen Befugnisse oder wegen pflichtwidriger Unterlassung von Amtshandlungen;*)

c) die Anfechtungsklage in Entmündigungssachen (§§ 665, 679, 684, 686 CPO);

d) die Anfechtungsklage im Aufgebotsverfahren (§ 957 CPO);

e) die Klagen auf Rückerstattung von Reichsstempelabgaben und auf Befreiung von der Pflicht zur Entrichtung dieser Abgaben (§ 33 Ges. v. 27. April 1894);

f) Klagen wegen Aufhebung eines Beschlusses der Generalversammlung von Aktiengesellschaften, Kommanditgesellschaften auf Aktien und eingetragenen Genossenschaften (§§ 271, 272, 320 HGB, § 51 Ges. v. 1. Mai 1889);

g) Klagen auf Auflösung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (§ 61 Ges. v. 20. April 1892).

---

*) Vgl. die in § 70 Abs. 3 GVG der Landesgesetzgebung ertheilte Ermächtigung, von welcher die größten Bundesstaaten Gebrauch gemacht haben.

Digitized by Google

Wo Kammern für Handelssachen bestehen, gehören die im § 101 GVG bezeichneten, an sich den Landgerichten als Gerichten erster Instanz unterliegenden Sachen vor diese. Es handelt sich dabei indessen nicht um die sachliche Zuständigkeit verschiedener Gerichte, sondern um eine vom Gesetze selbst vorgenommene Vertheilung der Geschäfte unter verschiedene Abtheilungen desselben Gerichts. Die Verweisung einer Sache von der Civilkammer an die Kammer für Handelssachen oder umgekehrt erfolgt daher nicht nach den allgemeinen Grundsätzen von der Zuständigkeit der Gerichte, sondern nach besonderen Bestimmungen (vgl. die Einzelheiten in § 102 bis 108 GVG).

Insoweit danach die sachliche Zuständigkeit der Gerichte von dem Werthe des Streitgegenstandes abhängt und dieser Werth nicht etwa, wie bei Klagen auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme, ohne weiteres klar ist[1]), oder unter den Parteien über die sachliche Zuständigkeit der Gerichte kein Streit obwaltet, ist der Werth des Streitgegenstandes vom Gerichte festzusetzen. Das Gericht ist dabei an die Werthangabe der Parteien (§ 253 Abs. 3), sowie an eine von ihnen beantragte Beweisaufnahme nicht gebunden; es kann von Amtswegen die Einnahme des Augenscheins und die Begutachtung durch Sachverständige, nicht aber andere Ermittelungen anordnen. Die Entscheidung wird nach freiem Ermessen getroffen, jedoch wird das Ermessen durch die §§ 6—9 für einzelne bestimmte Fälle eingeschränkt. Festzuhalten ist in allen Fällen, daß nur das vom Kläger geltend gemachte Recht, dieses aber auch in dem ganzen Umfange, in welchem der Kläger Urtheil begehrt, den Streitgegenstand bildet, es werden daher einerseits die Einwendungen des Beklagten, selbst etwaige Gegenforderungen, nicht in Anschlag gebracht, andererseits wird aber auch dann der volle Werth des Klageanspruches berechnet, wenn nur über einen Theil dieses Anspruches wirklich gestritten wird; und werden in derselben Klage mehrere Ansprüche verbunden, so werden sie zusammengerechnet. Doch kommt immer nur die Hauptforderung, nicht auch

---

[1]) Wenn der Kläger also für einen in Verlust gerathenen Gegenstand (z. B. § 701 BGB) 350 Mark verlangt, der Beklagte aber die Einrede der Unzuständigkeit des Landgerichts mit der Begründung erhebt, daß der Gegenstand nur 250 M. werth gewesen sei, so ist die Einrede zu verwerfen, weil der Kläger 350 M. verlangt.

Digitized by Google

die etwaige Nebenforderung auf Früchte, Nutzungen, Zinsen Schäden und Kosten in Anschlag, und nur derjenige Werth ist maßgebend, den der Streitgegenstand zur Zeit der Klageerhebung hatte.[1])

Da die Rechtsprechung der Kollegialgerichte als die bessere gilt, kann das Urtheil eines Landgerichts oder Oberlandesgerichts, durch welches die sachliche Zuständigkeit des Landgerichts ausdrücklich oder stillschweigend anerkannt worden ist, nicht durch ein Rechtsmittel mit der Begründung angefochten werden, daß das Amtsgericht zuständig gewesen sei (§ 10); wohl aber kann die Einrede der sachlichen Unzuständigkeit des Amtsgerichts im Wege der gegen das amtsgerichtliche Urtheil eingelegten Berufung geltend gemacht werden (vgl. § 275). Hat sich aber ein Gericht rechtskräftig für sachlich unzuständig erklärt, so muß das Gericht, bei dem die Sache später anhängig wird, diese Entscheidung gelten lassen (§ 11).

Daher hat das Gericht, wenn es sich für sachlich unzuständig erklärt, auf Antrag den Rechtsstreit an das sachlich zuständige Gericht (§§ 276, 505) zu verweisen. Die Folge ist, daß trotz der Unzuständigkeitserklärung die Rechtshängigkeit fortbesteht, der Kläger also nicht von neuem eine Klageschrift einzureichen und zustellen zu lassen braucht. Vielmehr ist (das Gesetz sagt „gilt") der Rechtsstreit bei dem Gericht, an das er verwiesen, anhängig, sobald das Urtheil des unzuständigen Gerichts rechtskräftig ist. Denn die Unzuständigkeitserklärung erfolgt in diesem Falle durch Urtheil.[2]) Anders wenn das Amtsgericht von vornherein zuständig war und nur dadurch unzuständig wird, daß

a) entweder durch Erhebung einer Widerklage, oder
b) durch Erweiterung des Klageantrages, oder
c) durch einen Antrag auf Feststellung eines Rechtsverhältnisses, welches die Zuständigkeit des Amtsgerichts übersteigt,

---

[1]) Vgl. über den Beschwerdegegenstand bei der Revision § 546, den Gegenstand der Verurtheilung bei der vorläufigen Vollstreckbarkeit § 709 Nr. 4 CPO, Berechnung der Gerichts- und der Anwaltsgebühren § 9 GKG, § 10 Geb.-O. f. Rechtsanwälte.

[2]) Form: „Das Amtsgericht zu P. erklärt sich für unzuständig und verweist den Rechtsstreit an das Landgericht zu N."

Digitized by Google

ein Anspruch erhoben wird, der zur sachlichen Zuständigkeit der Landgerichte gehört, und auch nur eine Partei vor weiterer Verhandlung zur Hauptsache darauf anträgt, daß das Amtsgericht seine Unzuständigkeit erkläre. In diesem Falle spricht das Amtsgericht seine Unzuständigkeit durch Beschluß aus. Der Beschluß ist unanfechtbar und bewirkt, daß mit der Verkündung der Rechtsstreit beim Landgericht anhängig ist („gilt") (§§ 505, 506). Ueber die bisher entstandenen Kosten wird in diesem Falle vom Amtsgericht nicht entschieden (§ 506), in jenem Falle sind sie dem Kläger aufzuerlegen (RG 30, 332).

§ 15. Die örtliche Zuständigkeit.

Unter mehreren sachlich zuständigen Gerichten hat dasjenige Gericht das Recht und die Pflicht der Rechtsschutzgewährung, dessen Bezirke die Rechtsangelegenheit zugehört. Die Reichsprozeßgesetze vertheilen die Geschäfte unter die einander gleichstehenden Gerichte nicht nach irgend welchen Eigenschaften der betheiligten Personen, sondern nach Bezirken (örtliche oder räumliche Kompetenzbegrenzung).

Der örtlichen Zuständigkeit des Gerichts entspricht die in der CPO (§ 12 ff) als Gerichtsstand bezeichnete Pflicht des Beklagten, die Ausübung der Gerichtsgewalt eines einzelnen bestimmten Gerichts gegen sich zu dulden. Jede Person hat einen allgemeinen Gerichtsstand und kann besondere Gerichtsstände haben. Der allgemeine Gerichtsstand besteht in der örtlichen Zuständigkeit eines bestimmten Gerichtes für alle gegen eine bestimmte Person zu erhebenden Klagen, der besondere Gerichtsstand besteht in der örtlichen Zuständigkeit eines Gerichtes für gewisse Klagen. Die Zugehörigkeit der vor den allgemeinen Gerichtsstand gehörigen Angelegenheiten zu einem gewissen Gerichtsbezirk bestimmt sich durch die Zugehörigkeit der Person des Beklagten zu einem bestimmten Gerichtssprengel, der besondere Gerichtsstand fußt auf der lokalen Beziehung der Rechtsangelegenheit selbst zu einem bestimmten Orte. Diese letztere Beziehung kann eine so enge sein, daß für gewisse Angelegenheiten ein ausschließlicher Gerichtsstand geboten ist.

I. Der allgemeine Gerichtsstand einer Person wird durch ihren Wohnsitz bestimmt (§ 13). Wo sie ihren Wohn-

Digitized by Google

sitz hat, richtet sich nach bürgerlichem Recht (§§ 7—11 BGB), ein Unterschied zwischen prozeßrechtlichem und civilrechtlichem Wohnsitz besteht nicht. Daher haben Militärpersonen ihren allgemeinen Gerichtsstand am Garnisonorte, diejenigen Militärpersonen aber, die nur zur Erfüllung ihrer Wehrpflicht dienen oder die nicht selbständig einen Wohnsitz begründen können, behalten den Wohnsitz an dem Orte, an dem sie ihn vor ihrem Eintritt in den Dienst hatten (§ 9 BGB. 14 CPO). Hat Jemand einen doppelten Wohnsitz, so hat er auch an jedem dieser Orte den allgemeinen Gerichtsstand. Deutsche, welche das Recht der Exterritorialität genießen, sowie die im Auslande angestellten Reichsbeamten behalten ihren allgemeinen Gerichtsstand an dem Orte, an welchem sie ihn bisher hatten, und hatten sie in ihrem Heimathsstaate thatsächlich einen Wohnsitz nicht, so wird die Hauptstadt ihres Heimathsstaates als ihr Wohnsitz angenommen (§ 15 CPO). Fehlt es einer Person an einem Wohnsitze im In- oder Auslande, so hat sie ihren allgemeinen Gerichtsstand an ihrem im Deutschen Reiche gelegenen Aufenthaltsorte, und nur wenn ein solcher nicht bekannt ist, an ihrem letzten Wohnsitz, mag dieser im Inlande oder im Auslande liegen (§ 16 CPO).

Juristische Personen haben ihren allgemeinen Gerichtsstand da, wo sie ihren Sitz haben. Als Sitz aber gilt der Ort, an welchem die Verwaltung geführt wird. Eine Ausnahme machen die bergrechtlichen Gewerkschaften, denn sie haben ihren allgemeinen Gerichtsstand da, wo das Bergwerk liegt, und der Fiskus, denn er hat seinen allgemeinen Gerichtsstand da, wo diejenige Behörde, welche ihn im Prozesse zu vertreten berufen ist, ihren Amtssitz hat (§§ 17, 18 CPO). Die juristischen Personen können durch Statut neben diesem allgemeinen Gerichtsstand einen dem Kläger zur Wahl stehenden Gerichtsstand regeln, den allgemeinen Gerichtsstand aber nicht ausschließen (RG. 32, 384).

II. Besondere Gerichtsstände sind folgende.

1. Klagen wegen vermögensrechtlicher Ansprüche können bei dem Gericht des längeren Aufenthalts erhoben werden, wenn der Beklagte unter Verhältnissen, welche ihrer Natur nach auf einen Aufenthalt von längerer Dauer hinweisen, sich an einem bestimmten Orte aufhält (§ 20 CPO). Diesen Gerichtsstand haben insbesondere Dienstboten, Hand- und Fabrikarbeiter, Gewerbegehülfen, Studirende, Schüler, Lehrlinge, aber auch alle diejenigen Militärpersonen, welche nur

Digitized by Google

ihre Wehrpflicht erfüllen oder selbständig einen Wohnsitz nicht begründen können. Diese Militärpersonen haben am Garnisonorte nicht ihren Wohnsitz, also nicht ihren allgemeinen G., sondern den besonderen Gerichtsstand des längeren Aufenthalts. Wird auf Feststellung der außerehelichen Vaterschaft geklagt, so ist dieser Gerichtsstand nicht begründet, auch wenn mit jener Statusklage die Klage auf Gewährung von Unterhalt verbunden wird.[1])

2. Im Gerichtsstande der Niederlassung d. h. da, wo Jemand zum Betriebe einer Fabrik, einer Handlung oder eines anderen Gewerbes eine Niederlassung hat, von welcher aus mit Dritten unmittelbar Geschäfte geschlossen werden, können gegen ihn alle Klagen, welche auf den Geschäftsbetrieb der Niederlassung Bezug haben, angebracht werden. In demselben Gerichtsstande können Klagen gegen Personen erhoben werden, welche ein mit Wohn- und Wirthschaftsgebäuden versehenes Gut als Eigenthümer, Nutznießer oder Pächter bewirthschaften, vorausgesetzt, daß die Klagen auf die Bewirthschaftung des Gutes sich beziehende Rechtsverhältnisse betreffen (§ 21 CPO). Dieser Gerichtsstand beruht auf der Auffassung der Niederlassung, d. i. einer äußeren Einrichtung, als eines Theil- oder Nebenwohnsitzes (RG 42, 379). Es kommt daher nicht darauf an, ob die Niederlassung die einzige oder nur eine Zweigniederlassung ist, sondern nur darauf, ob sie den Mittelpunkt gewisser geschäftlicher Beziehungen zur Außenwelt bildet. Doch können auch solche Klagen hier erhoben werden, die nicht auf Rechtsgeschäfte gegründet sind (z. B. Klagen aus dem Haftpflichtgesetze vom 7. Juni 1871).

3. Der Körperschaftsgerichtsstand ist (nach § 22 CPO) begründet bei dem Gericht, bei welchem Gemeinden, Korporationen, Gesellschaften, Genossenschaften oder andere Vereine den allgemeinen Gerichtsstand haben, und zwar für Klagen, welche von diesen Personenvereinigungen gegen ihre Mitglieder als solche oder von den Mitgliedern in dieser Eigenschaft gegen einander erhoben werden. Daher können hier namentlich die Vereinsbeiträge eingeklagt werden.

---

[1]) So auch Petersen-Anger zu § 20. Doch ist die Frage streitig.

Digitized by Google

4. Der Gerichtsstand des Vermögens (§ 23) ist eine Weiterentwickelung des gemeinrechtlichen forum arresti, ist aber schon da begründet, wo wegen Vorhandenseins eines oder des in der Klage verlangten Vermögensgegenstandes ein Arrest oder eine einstweilige Verfügung erlassen werden könnte. Denn es kann jede einen vermögensrechtlichen Anspruch verfolgende Klage gegen eine Person, welche im Deutschen Reiche keinen Wohnsitz hat, bei demjenigen Gericht angebracht werden, in dessen Bezirke sich der mit der Klage in Anspruch genommene oder nur überhaupt irgend ein Vermögensgegenstand des Beklagten befindet. Dieser Gerichtsstand gewährt insbesondere dem inländischen Kläger die Möglichkeit, gegen einen Ausländer im Inlande zu klagen, er eröffnet diese Gelegenheit aber auch gegenüber jenen Inländern, die keinen Wohnsitz haben. Der Kläger hat zur Begründung dieses Gerichtsstandes nur zu beweisen, daß sich zur Zeit der Klageerhebung ein Vermögensgegenstand des Beklagten im Bezirke des angerufenen Gerichtes befunden hat (RG 3, 382). Darauf, ob der Gegenstand zur Tilgung des klägerischen Anspruches geeignet ist, kommt es nicht an.

5. Der Gerichtsstand der Erbschaft ist gegeben für Klagen, welche die Feststellung des Erbrechts, Ansprüche der Erben gegen einen Erbschaftsbesitzer, Ansprüche aus Vermächtnissen oder sonstigen Verfügungen von Todeswegen, Pflichttheilsansprüche oder die Theilung der Erbschaft zum Gegenstande haben, und ist begründet bei demjenigen Gerichte, bei welchem der Erblasser zur Zeit seines Todes den allgemeinen Gerichtsstand, und in Ermangelung eines Wohnsitzes des Erblassers, bei demjenigen Gerichte, in dessen Bezirke er seinen letzten inländischen Wohnsitz hatte; fehlt es auch an einem solchen, so ist das Gericht der Hauptstadt des Heimathsstaates des Erblassers zuständig (§§ 27, 15 CPO). Dieser Gerichtsstand bezweckt die möglichst einheitliche Rechtsprechung über alle diejenigen Rechtsverhältnisse, welche dieselbe Erbschaft betreffen, und sichert da, wo das deutsche Erbrecht anzuwenden ist, auch die Rechtsverfolgung vor einem deutschen Gerichte. Derselbe Gerichtsstand ist aber auch begründet für Klagen wegen anderer Nachlaßverbindlichkeiten, doch nur so lange als sich der Nachlaß noch ganz oder theilweise im Bezirke des Gerichts befindet oder die vorhandenen mehreren Erben noch als Gesammtschuldner haften (§ 28 CPO, §§ 2058 ff

Digitized by Google

BGB).[1]) Sobald die Theilhaftung der Erben eingetreten ist, ist ein jeder bei seinem allgemeinen Gerichtsstande zu belangen.

6. Der Gerichtsstand für Meß- und Marktsachen d. h. für Klagen aus den auf Messen und Märkten (mit Ausnahme der Jahr- und Wochenmärkte) geschlossenen Handelsgeschäften, ist bei dem Gerichte des Meß- oder Marktortes begründet, wenn die Erhebung der Klage erfolgt, während der Beklagte oder ein zur Prozeßführung berechtigter Vertreter des Beklagten am Orte oder im Bezirke des Gerichts sich aufhält (§ 30 CPO).

7. Der Gerichtsstand der Vermögensverwaltung (forum gestae administrationis) ist gegeben für Klagen, welche aus einer Vermögensverwaltung von dem Geschäftsherrn gegen den Verwalter oder von dem Verwalter gegen den Geschäftsherrn erhoben werden, und zwar bei dem Gericht des Orts, wo die Verwaltung geführt worden ist (§ 31 CPO).

8. Der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung beruht auf der Erfahrung, daß die Beweiserhebung über eine unerlaubte Handlung und ihre Folgen derjenige Richter am leichtesten bewirken kann, in dessen Bezirk die Handlung begangen ist. Daher ist dieser Gerichtsstand (forum delicti commissi) für alle Klagen aus unerlaubten Handlungen bei dem Gericht begründet, in dessen Bezirk die Handlung begangen ist (§ 32 CPO). Ueber den Begriff der unerlaubten Handlung entscheidet das bürgerliche Recht, in Zukunft das BGB §§ 823 ff. Fällt nach diesen Bestimmungen eine Handlung unter den Begriff der unerlaubten, so ist der Gerichtsstand des § 32 auch dann begründet, wenn die Haftung des Beklagten von einem Verschulden unabhängig ist (§§ 833, 835, 829 BGB). Wird dagegen eine Verpflichtung aus einer erlaubten Handlung, lediglich auf Grund der vom Gesetze gewollten Haftung geltend gemacht,[2]) so versagt der § 32,[3]) ebenso für alle Fälle der Anfechtung von Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner, denn die Anfechtung

---

[1]) Mein altes und neues bürgerliches Recht. S. 808, 809.

[2]) Mein altes und neues bürgerliches Recht. S. 443.

[3]) RG 6, 383 macht einen Unterschied zwischen § 1 und § 2 des Haftpflichtgesetzes und wendet hier den § 32 an, während es das for. del. comissi für § 1 versagt. Das ist nicht konsequent.

Digitized by Google

beruht in keinem Falle auf Delikt.[1]) Daß Ansprüche aus Vertragsverletzung nicht vor dem f. del. commissi verfolgt werden können, ist hiernach zweifellos. Haben zur Herbeiführung eines rechtsverletzenden Erfolges mehrere Handlungen zusammengewirkt, so ist der G. des § 32 überall da begründet, wo auch nur eine dieser Handlungen vorgenommen worden ist.

9. Für gewisse Klagen (nämlich der Prozeßbevollmächtigten, Beistände, Zustellungsbevollmächtigten, Gerichtsvollzieher wegen Gebühren und Auslagen) ist ein Gerichtsstand des sachlichen Zusammenhanges begründet bei demjenigen Gericht erster Instanz, bei welchem der Hauptprozeß geschwebt hat (§ 34 CPO).

10. Der Gerichtsstand des Erfüllungsortes ist (nach § 29 CPO) gegeben für Klagen

1. auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens,
2. auf Erfüllung oder Aufhebung,
3. auf Entschädigung wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung eines Vertrages.

Solche Klagen können bei dem Gericht des Ortes erhoben werden, wo die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist.

Das Vorhandensein dieses Gerichtsstandes setzt also voraus, daß nach der Natur des Geschäftes oder nach ausdrücklicher Vertragsbestimmung oder nach der ersichtlichen Absicht der Parteien ein besonderer, von dem Wohnorte des Leistungspflichtigen verschiedener, Erfüllungsort festgesetzt worden ist. Dieser Ort kann verschieden sein für die verschiedenen Verpflichtungen aus einem zweiseitigen Vertrage. Der Gerichtsstand bestimmt sich dann nach dem Orte, wo die streitige d. h. die mit dieser Klage geltend gemachte Verpflichtung zu erfüllen ist. Auf Aufhebung des Vertrages sind die Anfechtungsklagen (a. Pauliana) nicht gerichtet, denn sie lassen den angefochtenen Vertrag bestehen und verlangen nur Rückgewähr dessen, was zur Befriedigung des Klägers nothwendig ist.[2])

---

[1]) Mein altes und neues bürgerliches Recht. S. 408 f. Die herrschende Meinung und mit ihm RG wollen (inkonsequent) § 32 im Falle der nur uneigentlich sog. Deliktspauliana anwenden.

[2]) Mein altes und neues bürgerliches Recht. S. 447, 448. RG 30, 402.

Digitized by Google

11. Der dingliche Gerichtsstand (das forum rei sitae) besteht nur für Klagen um Rechte an unbeweglichen Sachen und beruht auf der Erwägung, daß zur Feststellung und richtigen Würdigung der hier in Frage kommenden Rechtsverhältnisse der Richter der belegenen Sache vorzugsweise geeignet sei. Daher ist für Klagen, durch welche das Eigenthum, die dingliche Belastung oder die Freiheit von einer solchen geltend gemacht wird, für Grenzscheidungs-, Theilungs- und Besitzklagen, sofern es sich um unbewegliche Sachen handelt, das Gericht zuständig, in dessen Bezirke die Sache gelegen ist.[1]) Hierher gehören insbesondere auch die auf Löschung von eingetragenen Rechten (besonders Hypotheken) gegen den aus der Eintragung Berechtigten (den Hypothekengläubiger) gerichteten Klagen, gleichviel ob mit der Klage ein dingliches oder ein persönliches Recht, ob die Freiheit des Grundstücks von einer nach Ansicht des Klägers wirkungslosen Last oder ein Anspruch auf Befreiung von einer bestehenden Last geltend gemacht,[2]) ob sie vom Eigenthümer des Grundstücks oder einem Dritten z. B. dem nachstehenden Hypothekengläubiger erhoben werden (§ 24).

Mit der Klage aus der Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld kann die persönliche Schuldklage, mit der Klage auf Umschreibung oder Löschung die Klage auf Befreiung von der persönlichen Verbindlichkeit, mit der Klage auf Anerkennung einer Reallast die Klage auf rückständige Leistungen verbunden und also gleichfalls im dinglichen Gerichtsstande erhoben werden, vorausgesetzt, daß beide Klagen gegen denselben Beklagten gerichtet werden (§ 25). Denn in diesem Falle stehen die Ansprüche aus dem dinglichen und dem persönlichen Rechte in einem so engen Zusammenhange, daß es unzweckmäßig wäre, sie vor verschiedene Richter zu bringen. Der besondere dingliche Gerichtsstand für diese persönlichen Klagen besteht daher nur im Falle der Klagenverbindung. Ohne Verbindung ist der dingliche G. nur für diejenigen persönlichen Klagen gegeben, welche gegen den Eigenthümer oder Besitzer einer unbeweglichen Sache als solchen gerichtet

---

[1]) Vorausgesetzt daß das Grundstück im Inlande liegt. RG 32, 414.

[2]) So die feststehende Praxis des Reichsgerichts RG 15, 386; 20, 403; 25, 384. Auch Entsch. d. Bayr. Obst. LG. Bd. 9 S. 19 (in Zukunft die Klagen aus §§ 894, 1028, 1173 ff BGB).

Digitized by Google

werden (z. B. §§ 809, 867, 1005, nicht aber § 836 BGB), sowie für Klagen wegen Beschädigung eines Grundstücks oder in Betreff der Entschädigung wegen Enteignung des Grundstücks (§ 26 EPO).

12. Endlich spricht man, wenn auch ungenau, von einem Gerichtsstand der Widerklage (forum reconventionis), insofern der Beklagte bei dem Gerichte der Klage d. h. bei dem Gericht, bei welchem thatsächlich die Klage erhoben ist, eine Widerklage erheben kann, vorausgesetzt, daß der Gegenanspruch des Beklagten mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruche oder mit den gegen diesen vorgebrachten Vertheidigungsmitteln im Zusammenhange steht. Nur in dem Falle versagt die Befugniß, von demselben Gericht auch eine Entscheidung über die Widerklage zu verlangen, wenn das Gericht der Klage auch durch Parteivereinbarung nicht würde Zuständigkeit für die Widerklage erlangen können (§ 33). Richtiger ist es, auch hier von einem Gerichtsstande des Zusammenhanges zu sprechen.

§ 16. Vereinbarung des Gerichtsstandes.

Ein an sich unzuständiges Gericht kann durch eine Vereinbarung der Parteien zuständig werden (prorogatio fori). Vorausgesetzt ist dabei

1. eine Willensbethätigung beider Parteien, nach welcher ein bestimmtes Gericht erster Instanz zur Entscheidung von vermögensrechtlichen Rechtsstreitigkeiten zuständig sein soll, welche aus einem bestimmten Rechtsverhältnisse entstanden sind oder entstehen können; die Willensbethätigung ist an keine Form gebunden, sie kann daher auch durch schlüssige Handlungen geschehen, und das Gesetz erklärt selbst, daß die ohne die Rüge der Unzuständigkeit begonnene mündliche Verhandlung zur Hauptsache vor dem von dem einen Theile angerufenen unzuständigen Gericht durch die andere Partei die vorhandene Einigkeit bethätigt (§ 39); die Vereinbarung ist aber eine Prozeßhandlung uud unterliegt also den allgemeinen Grundsätzen von diesen;

2. daß das prorogirte Gericht diejenige Gerichtsgewalt besitzt, die nach der bestehenden Gerichtsverfassung zur Entscheidung eines Rechtsstreits dieser Art nothwendig ist, daher können die Parteien nicht einen Civilprozeß einem Straf-

Digitized by Google

gerichte, einen Verwaltungsstreit einem ordentlichen Prozeßgerichte, einen Rechtsstreit unter Uebergehung einer Instanz einem Gerichte höherer Ordnung unterwerfen. Auch kann durch eine solche Vereinbarung nicht in die ausschließliche Zuständigkeit eines anderen Gerichtes eingegriffen werden.[1]) Denn die zwingende Kraft dieser öffentlichrechtlichen Vorschriften kann durch Vertrag nicht beseitigt werden. Wohl aber kann ein Amtsgericht statt des Landgerichts, das Landgericht statt des Amtsgerichts zuständig werden.[2])

Die Wirkung der Vereinbarung ist in jedem Falle die, daß keine Partei das prorogirte Gericht als unzuständig behandeln darf; ob sie auch die Wirkung hat, dem an sich zuständigen Gerichte die Zuständigkeit zu nehmen, ist Sache der Auslegung, wird aber regelmäßig anzunehmen sein.

§ 17. Bestimmung des zuständigen Gerichts.

Trotz der eingehenden Vorschriften der CPO über den Gerichtsstand bleiben Fälle übrig, in denen der Kläger ein Gericht nicht findet, das zuständig wäre, über seine Klage zu entscheiden. Diese Nothfälle sind:

1. wenn das an sich zuständige Gericht in einem einzelnen Falle an der Ausübung des Richteramts rechtlich oder thatsächlich verhindert ist;

2. wenn es mit Rücksicht auf die Grenzen verschiedener Gerichtsbezirke ungewiß ist, welches Gericht für den Rechtsstreit zuständig sei;

3. wenn mehrere Personen, welche bei verschiedenen Gerichten ihren allgemeinen Gerichtsstand haben, als Streitgenossen im allgemeinen Gerichtsstande verklagt werden sollen und für den Rechtsstreit ein gemeinschaftlicher besonderer Gerichtsstand nicht begründet ist;

4. wenn die Klage in dem dinglichen Gerichtsstande erhoben werden soll und die Sache in den Bezirken verschiedener Gerichte belegen ist;

5. wenn in einem Rechtsstreite verschiedene Gerichte sich rechtskräftig für zuständig erklärt haben;

---

[1]) Zu den ausschließl. Gerichtsständen gehört der der Hauptintervention. § 64 CPO.

[2]) Wegen der Zust. d. Kammer f. Handelss. s. §§ 103 ff GVG.

Digitized by Google

6. wenn verschiedene Gerichte, von welchen eines für den Rechtsstreit zuständig ist, sich rechtskräftig für unzuständig erklärt haben.

Um hier Abhülfe zu schaffen, ist dem im Instanzenzuge zunächst höheren Gerichte die Pflicht auferlegt, auf das schriftliche Gesuch einer Partei das zuständige Gericht zu bestimmen. Das Gesuch kann vor Erhebung der Klage nur vom Kläger, nach Eintritt der Rechtshängigkeit aber auch vom Beklagten oder dem Nebenintervenienten gestellt werden; ausnahmsweise bedarf es eines solchen Gesuches nicht, wenn das höhere Gericht bei Gelegenheit der Entscheidung über ein Ablehnungsgesuch oder eine Befangenheitserklärung (§§ 45 Abs. 2, 48 CPO) von Amtswegen davon erfährt, daß das angerufene Gericht rechtlich verhindert sein wird (§ 36 Nr. 1 CPO). Der Beschluß bedarf nicht vorgängiger mündlicher Verhandlung und ist unanfechtbar, wenn er ein zuständiges Gericht bestimmt, dagegen mit der einfachen Beschwerde angreifbar, wenn er die Bestimmung ablehnt. Das Gesuch unterliegt in keinem Falle dem Anwaltszwange, weil mit ihm nicht eine Thätigkeit des Prozeßgerichts (im Sinne des § 78 CPO) verlangt wird[1]); dazu kommt, daß die Bestimmung des zuständigen Gerichts einen Akt der Justizverwaltung enthält.

Die Bestimmung ist auch dann zulässig, ja geboten, wenn es sich nicht um die Erhebung der Klage, sondern um das Mahnverfahren, die Zwangsvollstreckung, das Entmündigungsverfahren handelt (vgl. RG 39, 425).[2])

§ 18. Rechtliche Bedeutung der Zuständigkeit.

Unter Zuständigkeit versteht man nach dem in § 13 Ausgeführten die Gerichtsgewalt für den gegebenen Fall, also das Recht, zu entscheiden. Hieraus folgt ohne weiteres die Pflicht der Parteien, die vom zuständigen Gericht getroffene Entscheidung als für sie maßgebenden Ausspruch der Staatsgewalt hinzunehmen. Das zuständige Gericht ist aber, mag es nach dem Gesetz oder kraft Parteiwillens zuständig sein, auch verpflichtet, zu entscheiden.

---

[1]) So die herrschende Meinung. A. M. Planck I 87.

[2]) S. §§ 650, 676 Abs. 3 CPO: besondere Fälle von Zuständigkeitsbestimmung.

Digitized by Google

Die Normen über die Zuständigkeit sind theils im öffentlichen Interesse, theils im privaten Interesse der Parteien gegeben, sie sind daher entweder zwingendes oder nachgiebiges Recht (s. unter § 22).

Da wo das öffentliche Interesse überwiegt, spricht sich die zwingende Zuständigkeitsnorm in der Festsetzung einer ausschließlichen Zuständigkeit aus. Damit ist gesagt, daß ein anderes als das vom Gesetz bezeichnete Gericht nicht entscheiden darf und daß es daher weder durch ausdrückliche noch durch stillschweigende Vereinbarung zuständig werden kann (§ 40 Abs. 2 CPO). Ausschließliche sachliche Zuständigkeit ist festgesetzt für die Restitutions- und Nichtigkeitsklage (§ 584), für das Verfahren in Ehe- und Entmündigungssachen (§§ 606, 648, 665, 676), für das Mahnverfahren (§ 689) und für das Zwangsvollstreckungsverfahren (§ 802 CPO), ferner für die Klagen, durch welche Beschlüsse von Aktiengesellschaften, von Aktienkommanditgesellschaften (§§ 272, 325 Nr. 4 HGB) und eingetragenen Genossenschaften (§ 51 Ges. v. 1. Mai 1889), für die Klage auf Auflösung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (§ 61 Ges. v. 20. April 1892), für die Klagen, mit denen die Vorschuß- und die Nachschußberechnung des Konkursverwalters einer Genossenschaft angefochten wird (§§ 112, 114 Ges. v. 1. Mai 1889), für das Konkursverfahren, die Feststellungsklagen im Konkurse und andere die Feststellung der Konkursforderungen betreffende Klagen (§§ 71, 146, 164 KO), für die Klagen wegen unlauteren Wettbewerbes (§ 2 Ges. v. 27. Mai 1896). Eine ausschließliche örtliche Zuständigkeit besteht nur für den dinglichen Gerichtsstand (§ 24 CPO).[1])

Im übrigen überwiegt das Parteiinteresse. Die Folge ist die, daß überall da, wo nicht ein bestimmtes Gericht ausschließlich zuständig ist, jedes Gericht erster Instanz angerufen werden kann, mag es auch sachlich oder örtlich unzuständig sein. Der Beklagte kann sich durch Einlassung auf die Klage dem unzuständigen Gericht unterwerfen (§§ 38, 39 CPO), er kann aber auch die Unzuständigkeit rügen

[1]) Oertlich und sachlich ausschließlich zuständig. Vgl. § 47 des Börsengesetzes vom 22. Juni 1896. § 309 HGB. § 109 Ges. v. 1. Mai 1889. § 1005 Abs. 2 CPO.

Digitized by Google

(§ 274 Nr. 1 CPO) und durch die auf diesem Wege herbeigeführte Abweisung der Klage den Kläger zur Anrufung des zuständigen Gerichtes zwingen.

Sind mehrere Gerichte zuständig, so hat der Kläger die Wahl (§ 35 CPO). Sein Wahlrecht wird aber nicht schon durch die Erhebung der Klage, noch weniger durch Anbringung eines Arrestgesuches, sondern erst durch das rechtskräftige Urtheil erschöpft. Allerdings steht der Erhebung der schon bei einem anderen Gerichte anhängigen Klage die prozeßhindernde Einrede der Rechtshängigkeit entgegen (§ 274 Nr. 4), doch unterliegt das Einrederecht der Verfügung des Beklagten, kann also durch Präklusion erlöschen.

Aus vorstehenden Sätzen folgt, daß in jedem Falle, in welchem bei Gericht durch Klage oder sog. Gesuch ein prozessualischer Anspruch geltend gemacht wird, das Gericht seine Zuständigkeit von Amtswegen zu prüfen hat. Dieser Prüfung wird es nur dann überhoben, wenn in einem Falle, in welchem eine Prorogation zulässig ist, der Beklagte ohne Unzuständigkeitsrüge zur Hauptsache verhandelt. Bleibt der Beklagte aus, so kann jene Prüfung nur die in der Klage behaupteten Thatsachen zur Grundlage nehmen. Ergiebt sich aus diesen Thatsachen ein Gerichtsstand bei dem angerufenen Gericht, so kann das Versäumnißurtheil erlassen werden; ergiebt sich aus ihnen aber die Zuständigkeit des Gerichts nicht, so ist nicht etwa nur der Antrag auf Versäumnißurtheil (§ 335 CPO), sondern die Klage wegen Unzuständigkeit des Gerichts abzuweisen. Der Entscheidung über die bestrittene Zuständigkeit kann eine Beweisaufnahme vorangehen, wenn die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts sich auf eine Thatsache gründet, welche das Gesetz als Kompetenzgrund bezeichnet, die nicht aber auch zugleich den Klageanspruch begründet. Daher kann eine Vereinbarung über den Erfüllungsort (§ 29 CPO), nicht aber die unerlaubte Handlung, welche den Klageanspruch begründet (im Falle § 32), Gegenstand einer solchen Beweisaufnahme sein.

In der von Amtswegen oder auf die Rüge der Unzuständigkeit erfolgenden Prüfung der Zuständigkeit erblickt das Gesetz eine genügende Garantie gegen die Möglichkeit von Urtheilen unzuständiger Gerichte. Diese Garantie wird verstärkt durch unbeschränkte Zulassung der Revision wegen behaupteter Unzuständigkeit des Gerichts (§ 547 Nr. 1).

Digitized by Google

Ist aber trotz der Prüfung die Zuständigkeit des Gerichts zu Unrecht angenommen worden, so heilt das rechtskräftige Urtheil den Mangel der Kompetenz selbst da, wo ein ausschließlicher Gerichtsstand gegeben war (vgl. § 579 CPO).

C. Die Ausdehnung und Einschränkung der Gerichtsbarkeit.

§ 19. Die Rechtshülfe.

Rechtshülfe ist die Vornahme von richterlichen Prozeßhandlungen (z. B. Vernehmung von Zeugen) durch ein vom Prozeßgericht verschiedenes Gericht, aber auf Ersuchen des Prozeßgerichts. Vorausgesetzt werden dabei Prozeßhandlungen, die zur sachlichen Zuständigkeit des Prozeßgerichts gehören, von diesem aber wegen mangelnder örtlicher Zuständigkeit nicht vorgenommen werden können. Daher ist das Ersuchen um Vornahme von Vollstreckungshandlungen (auch um Bewirkung von Ladungen und Zustellungen) niemals ein Ersuchen um Rechtshülfe, denn das Vollstreckungsgericht (wie der Gerichtsvollzieher) hat für die in seinem Bezirke zu bewirkenden Vollstreckungshandlungen die ausschließliche sachliche Zuständigkeit (vgl. § 161 GVG, RG 25, 364). Die Gewährung von Rechtshülfe ist nothwendig, weil das Prozeßgericht außerhalb seines Bezirkes Amtshandlungen grundsätzlich nicht vornehmen darf, die Vornahme solcher Handlungen aber zur Vorbereitung der Entscheidung in sehr zahlreichen Prozessen unumgänglich ist. Das GVG (§ 157) hat daher in Uebereinstimmung mit dem Rechtshülfegesetz vom 21. Juni 1869 den deutschen Gerichten die Gewährung der Rechtshülfe gegenüber anderen deutschen Gerichten zur Pflicht gemacht.

Ersuchtes Gericht ist immer das Amtsgericht, in dessen Bezirke die Amtshandlung vorgenommen werden soll (§ 158 GVG). Dieses Gericht übt seine eigene Gerichtsgewalt, aber es übt sie im Namen des ersuchenden Gerichtes aus. Es darf daher zwar

a) die verlangte Handlung nicht vornehmen, wenn ihm selbst die örtliche Zuständigkeit fehlt oder wenn die Hand-

Digitized by Google

lung nach seinem Rechte verboten ist (§ 159 GVG), aber es darf

b) die Amtshandlung nicht deshalb ablehnen, weil es das ersuchende Gericht für unzuständig oder die Handlung für unzweckmäßig oder überflüssig hält.

Aber auch aus den unter a angeführten Gründen kann die Rechtshülfe einem dem ersuchten Gerichte im Instanzenzuge vorgesetzten Gerichte nicht verweigert werden; das ersuchte Gericht kann in einem solchen Falle bei dem vorgesetzten Gerichte nur eine Vorstellung anbringen. Lehnt das ersuchte Gericht die Vornahme der verlangten Handlung ab, oder unterläßt es die Ablehnung in einem Falle, in dem es das Ersuchen hätte ablehnen sollen, so kann das ersuchende Gericht sowie jeder Betheiligte die Entscheidung des dem ersuchten Gerichte übergeordneten Oberlandesgerichts anrufen; diese Anrufung ist keine Beschwerde; eine solche findet vielmehr erst gegen die Entscheidung des Oberlandesgerichts statt, wenn dieses die Rechtshülfe für unzulässig erklärt und das ersuchende und das ersuchte Gericht den Bezirken verschiedener Oberlandesgerichte angehören (§ 160 GVG). Ueber die Beschwerde entscheidet das Reichsgericht[1]).

Gegenüber ausländischen Gerichtsbehörden besteht für deutsche Gerichte eine Pflicht zur Gewährung von Rechtshülfe nur dann, wenn sie ihnen durch einen Staatsvertrag auferlegt ist. Solche Verträge können jetzt nur noch durch das Reich geschlossen werden, da nach Art. 4 Nr. 13, Art. 11 das Gebiet des Prozeßrechts zur Zuständigkeit des Reichs gehört und vom Reich eingehend geregelt ist. Dagegen sind die vor dem 1. Oktober 1879 zwischen deutschen Bundesstaaten mit ausländischen Staaten geschlossenen Verträge in Kraft geblieben. Auch darüber, ob das ersuchende Gericht sich unmittelbar an die ausländische Gerichtsbehörde zu wenden oder die Vermittelung des Justizministeriums anzurufen hat, entscheidet der Staatsvertrag. Handlungen, die von einem Reichskonsul vorgenommen werden können, sind auf Ersuchen eines deutschen Gerichts von diesem vorzunehmen.

---

[1]) Das Rechtshülfegesetz v. 21. Juni 1869 gilt noch für die besonderen Gerichte.

Digitized by Google

§ 20. Ausnahmen von der deutschen Gerichtsbarkeit.

Der deutschen Gerichtsbarkeit unterstehen grundsätzlich alle in ihrem Machtbereiche befindlichen Personen, Sachen und Rechtsverhältnisse. Daher unterliegen ihr auch fremde Staaten und fremde Souveräne, sofern sie als Privatpersonen in Betracht kommen, dagegen sind sie von der inländischen Gerichtsbarkeit frei, soweit es sich um Rechtsverhältnisse handelt, die durch einen Akt der Staatsgewalt begründet sind.

„Eximirt" sind die sog. Exterritorialen, und zwar

1. von der inländischen Gerichtsbarkeit überhaupt die Chefs und Mitglieder der bei dem Deutschen Reiche beglaubigten Missionen; sind diese Personen aber Staatsangehörige eines deutschen Gliedstaates, so sind sie von der inländischen Gerichtsbarkeit nur dann und nur insofern befreit, als der Bundesstaat, dem sie angehören, sich der Gerichtsbarkeit über sie begeben hat;

2. von der Gerichtsbarkeit des betreffenden Bundesstaates die Chefs und Mitglieder der bei diesem Bundesstaate beglaubigten Missionen sowie diejenigen Mitglieder des Bundesraths, welche nicht von demjenigen Staate abgeordnet sind, in dessen Gebiete der Bundesrath seinen Sitz hat (§ 18 GVG).

An dieser Exemtion nehmen Theil die Familienglieder, das Geschäftspersonal und diejenigen Bediensteten der zu 1 und 2 genannten Personen, welche nicht Deutsche sind (§ 19 das.). Die Exemtion befreit aber nicht vom dinglichen Gerichtsstande (§ 20 GVG, §§ 24—26 CPO).

Der Landesherr, die Mitglieder der landesherrlichen Familien, die Mitglieder der fürstlichen Familie Hohenzollern, des vormaligen hannoverschen Königshauses, des vormaligen kurhessischen und des vormaligen nassauischen Fürstenhauses sind gleichfalls grundsätzlich der Gerichtsbarkeit der deutschen Gerichte unterworfen, vorausgesetzt, daß nicht die Haus- oder Landesgesetze etwas Anderes bestimmen. Durch derartige besondere Bestimmungen können sowohl besondere Gerichte eingesetzt als abweichende Verfahrensgrundsätze eingeführt werden. Doch darf für vermögensrechtliche Ansprüche Dritter gegen die hier genannten Personen die Zulässigkeit des Rechtsweges nicht von der Einwilligung des Landesherrn abhängig gemacht werden (§ 5 EG z. CPO). Es handelt

Digitized by Google

sich also nicht um eine Exemtion von der inländischen Gerichtsbarkeit, sondern nur um Unterwerfung unter besondere, aber inländische Gerichte.

§ 21. Die Gerichtsferien.

Die Gerichtsferien bewirken einen zeitlichen Stillstand in der Ausübung der Gerichtsbarkeit insofern, als während der Ferien (15. Juli—15. September einschließlich) nur in Feriensachen Termine abgehalten und Entscheidungen erlassen werden (§ 202 GVG), sowie daß der Lauf der Fristen, mit Ausnahme der Nothfristen und der Fristen in Feriensachen, durch sie gehemmt wird (§ 223 CPO). Feriensachen sind die vom Gesetz (§ 202 GVG) oder auf Antrag vom Gericht oder vom Vorsitzenden als solche bezeichneten. Das Gericht kann nur solche Sachen als Feriensachen bezeichnen, die besonderer Beschleunigung bedürfen. Das Mahnverfahren, das Zwangsvollstreckungsverfahren und das Konkursverfahren wird durch die Ferien nicht beeinflußt.

Diese Bestimmungen sind absolut gebietende, ihre Verletzung hat daher die Nichtigkeit der betreffenden Prozeßhandlung zur Folge (RG 31, 430).

II. Die Normen des Civilprozeßrechts.

A. Die Rechtsnatur des Civilprozeßrechts.

§ 22. Der Civilprozeß als Schutzordnung für das Privatrecht.

Das Civilprozeßrecht bildet einen Theil des öffentlichen Rechts. Daher gilt auch in ihm der Grundsatz (der l. 38 D. 2, 14), daß es durch Parteiabrede nicht geändert werden, daß es also einen sog. Konventionalprozeß nicht geben kann (s. oben § 1 Nr. 6). Diese Eigenschaft hat das Civilprozeßrecht mit anderen Theilen des öffentlichen Rechtes, insbesondere mit dem ihm am nächsten verwandten Strafprozeßrechte und mit den Grundsätzen des Verwaltungsstreitverfahrens

Digitized by Google

gemein. Die Eigenart des Civilprozeßrechts, die seiner Anwendung besondere Schwierigkeiten bereitet, seiner wissenschaftlichen Behandlung aber einen besonderen Reiz gewährt, besteht darin, daß es privatrechtlichen Ansprüchen zum Schutze dient, daß sich in ihm also der Staat in den Dienst reiner Privatinteressen stellt. Obwohl der moderne Staat es als eine seiner wichtigsten Kulturaufgaben und daher als einen Gegenstand des öffentlichen Interesses bezeichnet, der Privatrechtsordnung einen möglichst sicheren und möglichst vollkommenen Schutz zu gewähren, trägt doch das Prozeßrecht dem Umstande Rechnung, daß wie der Wille des Einzelnen das herrschende Prinzip im Privatrecht bildet, so auch im Prozeß dem Willen der Betheiligten ein so großer Spielraum gelassen werden muß, wie es sich mit dem öffentlichen Interesse nur immer verträgt.

Die Folge davon ist:

1. das Dasein sog. dispositiven (ergänzenden) Civilprozeßrechts,[1]) die Parteien können also da, wo das private Interesse überwiegt, durch Willenserklärung die Anwendung des Prozeßgesetzes ausschließen. Sie können z. B. unter gewissen Voraussetzungen das ihnen oder das auch nur einer von ihnen bequemste forum wählen (§§ 38—40, 21 ff), während da, wo das öffentliche Interesse überwiegt, der vom Gesetze bestimmte Gerichtsstand ein ausschließlicher ist (z. B. §§ 24, 606). Die Kosten eines Vergleiches werden nur dann gegeneinander aufgerechnet, wenn die Parteien nichts anderes verabredet haben (§ 98), die Sicherheitsleistung erfolgt nur beim Fehlen einer anderen Abrede in der vom § 108 CPO angeordneten Weise. Es können ferner Fristen, an deren Wahrung nur ein privates Interesse obwaltet, durch Vereinbarung der Parteien verlängert oder abgekürzt werden (§ 224), Nothfristen dagegen und die Wiedereinsetzungsfrist sind der Parteiwillkür entzogen, weil ihre Festsetzung im (öffentlichen) Interesse an der raschen Abwicklung der Prozesse liegt (§§ 224, 234).[2])

---

[1]) Bülow: Dispositives Civilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung. Archiv f. civil. Praxis 64 S. 1—109.

[2]) Nicht um dispositives Civilprozeßrecht handelt es sich in den Fällen §§ 227, 404 Abs. 4 CPO, weil hier durch Parteiabrede nicht die gesetzliche, sondern die richterliche Bestimmung ausgeschlossen wird.

Digitized by Google

In Fällen, in welchen der Richter eine vom Gesetze abweichende Anordnung erlassen darf, kann zwar nicht von dispositivem Recht im eigentlichen Sinne, wohl aber von abänderlichen (elastischen) Prozeßvorschriften gesprochen werden (§ 301 Abs. 2). Das Gericht kann übrigens von der Abweichung sowohl im Interesse der Parteien als auch im öffentlichen Interesse Gebrauch machen.

Im übrigen haben die Normen des Prozeßrechts die Eigenschaft zwingender, unabänderlicher, absoluter Rechtssätze.

2. Eine weitere Folge jener Eigenart des Civilprozeßrechts ist das Vorherrschen der sog. Dispositionsmaxime in der CPO.[1]) Nach dieser behalten die Parteien im Prozesse das Recht, über das im Streit befangene Privatrecht zu verfügen, und es werden deshalb die einzelnen von der Partei vorgenommenen Prozeßhandlungen als Akte der Verfügung über das im Streite befangene Recht behandelt.

Die Partei verfügt unmittelbar über ihr Recht durch Rechtsgeschäfte. Wird ein solches Rechtsgeschäft (z. B. Vergleich, Anerkennung, Zahlung, Erlaß u. s. w.) außerhalb des Prozesses vorgenommen, so wird damit an dem Fortgange des Prozesses d. h. an dem Fortbestehen des publizistischen Prozeßrechtsverhältnisses an sich nichts geändert, doch werden den Parteien Angriffs- und Vertheidigungsmittel in die Hand gegeben, die sie vielleicht bei Beginn des Prozesses nicht hatten. So giebt eine Schuldanerkennung dem Kläger einen neuen Klagegrund, der Vergleich oder Erlaß dem Beklagten eine Einrede. Rechtsgeschäftliche Erklärungen können aber auch im Prozesse selbst abgegeben werden und treten dann in Form einer Prozeßhandlung in die Erscheinung. Die CPO behandelt als solche den Vergleich (§§ 98, 160 Abs. 2 Nr. 1, 510, 794, 795), den Verzicht auf den Klageanspruch durch den Kläger (§§ 460 Abs. 2 Nr. 1, 306) und das Anerkenntniß des Klageanspruches durch den Beklagten (§§ 160 Abs. 2 Nr. 1, 307). Alle diese Willenserklärungen beseitigen die Rechtsungewißheit und damit den Anlaß zur Klage oder zum Widerspruch. Beruhen sie auf einem Willensfehler, so können sie in derselben Weise wie die außerhalb des Prozesses abgegebenen

[1]) Vgl. hierüber Allg. Theil dieses Werkes Bd. I §§ 127—129 S. 156 ff.

Digitized by Google

Willenserklärungen angefochten werden, und zwar innerhalb des Prozesses durch die etwa noch zulässigen Rechtsmittel.

Mittelbar verfügt die Partei über ihre Rechte durch Vornahme wie insbesondere durch Unterlassung von Prozeßhandlungen, indem sie auf diese Weise auf die Entscheidung einwirkt. Wer seinen Anspruch nicht gehörig begründet, seine Behauptungen nicht mit den erforderlichen Beweismitteln unterstützt, von einem zulässigen Rechtsmittel keinen Gebrauch macht, führt damit den Verlust seines Anspruches herbei; wer ein Geständniß ablegt, obwohl er die gegnerische Behauptung bestreiten sollte, eine Einrede unterläßt, die ihm zu Gebote steht, oder wer nicht erscheint, obwohl er Grund hat, dem gegnerischen Vorbringen zu widersprechen, bewirkt damit, daß sein Vermögen mit einer Schuld belastet wird, die vor der Rechtskraft des ihn verurtheilenden Erkenntnisses nicht bestand.

Denn die Dispositionsmaxime hat zur Folge, daß der Richter die von der Partei vorgenommenen Prozeßhandlungen ebenso wie ihre Säumnisse als Aeußerungen ihrer Willensmacht hinnehmen und danach handeln muß, auch wenn er vermuthet oder weiß, daß damit ein unrichtiges Ergebniß erzielt wird.

§ 23. Civilprozeß, Strafprozeß, Verwaltungsstreitverfahren.

Alles dies ist im Strafprozeß anders. Seinen Gegenstand bildet der Strafanspruch des Staates gegen Denjenigen, welcher eine strafbare Handlung begangen hat. Das etwaige private Interesse des Verletzten an der Durchführung dieses Strafanspruches tritt zurück hinter dem öffentlichen Interesse an der Bestrafung des Schuldigen und der Nichtbestrafung des Nichtschuldigen wie desjenigen, dem gegenüber der Strafanspruch erloschen ist. Die Folge ist, daß nur in Ausnahmefällen der Verletzte durch Stellung des Strafantrages oder durch Erhebung der Privatklage Einfluß auf Beginn und Fortgang des Prozesses ausüben kann. In jedem Falle aber kann eine Strafe nur verhängt werden, wenn wirklich feststeht, daß eine strafbare Handlung und daß sie vom Angeklagten verübt ist. Das Strafurtheil muß sich auf die sog. historische Wahrheit stützen, das Urtheil im Civilprozeß aber muß sich mit dem begnügen, was die Parteien zur

Digitized by Google

Grundlage des Urtheils machen wollen.[1]) Der Gegensatz zeigt sich in Folgendem:

a) Im Civilprozeß ist das Geständniß für den Richter bindend (§ 288), im Strafprozeß nicht, es dient hier wie andere Erklärungen des Angeklagten auch nur der Wahrheitserforschung.

b) Im Civilprozeß bewirkt das Nichterscheinen wie das Schweigen einer Partei, daß die vom Gegner abgegebenen Erklärungen nicht entkräftet werden (§§ 330, 331), daher vom Richter als wahr hingenommen werden müssen, auch wenn er von ihrer Unwahrheit überzeugt ist; im Strafprozeß verhindert das Ausbleiben des Angeklagten regelmäßig die Hauptverhandlung überhaupt, in jedem Falle überhebt es den Richter nicht der Pflicht der von den Anträgen des Angeklagten unabhängigen Wahrheitserforschung.

c) Die Leistung wie die Nichtleistung des Parteieneides hat als Verfügungsakt der Partei für den Richter unbedingt zwingende Kraft (§§ 463, 464), das deutsche Strafprozeßrecht kennt den Parteieneid überhaupt nicht.

d) Das Urtheil im Strafprozeß kann nie auf eine Rechtsvermuthung gegründet werden; im Civilprozeß hat diese so lange zwingende Kraft, bis sie der Gegner widerlegt, unterläßt er die Widerlegung, so läßt er die Vermuthung gegen sich gelten (vgl. § 292 CPO).

Eine und dieselbe strafbare Handlung kann den Anlaß eines Strafprozesses und eines Civilprozesses bilden. Jener erörtert die Frage der Bestrafung des Beschuldigten, dieser die der Entschädigung des Verletzten (§§ 823 ff. CPO), aber obwohl ein dem Beschuldigten nachtheiliges Urtheil hier wie dort nur gefällt werden kann, wenn feststeht, daß der Beschuldigte die Handlung begangen, wird bei dieser Feststellung doch nach den diesem oder jenem Prozesse eigenthümlichen Grundsätzen verfahren. Deshalb ist im Civilprozeß das Anerkenntniß oder Geständniß des Beklagten, sein Nichterscheinen oder Nichtverhandeln für den Richter bindend, ja es kann der Beweis der That sogar durch Eideszuschiebung geführt werden, so daß für den Richter des Civilprozesses die That als begangen gilt, wenn der Beklagte die Eidesleistung ver-

[1]) Die Bezeichnung „formelle Wahrheit" ist falsch und muß vermieden werden.

Digitized by Google

weigert (§§ 464, 465 CPO). Die Folge ist, daß das in dem einen Prozesse erlassene Urtheil nicht bindend sein kann für den Richter des anderen Prozesses (vgl. § 14 Nr. 1 EG z. CPO). Ist demnach zwar kein rechtlicher Zwang vorhanden, die dort getroffene Feststellung auch hier zu treffen, so kann doch die in dem einen Prozesse erfolgte Stoffsammlung thatsächlich die in dem anderen Prozesse selbständig vorzunehmende Feststellung beeinflussen. Aus diesem Grunde ist dem Civilprozeßrichter (§ 149 CPO) gestattet, die Aussetzung der Verhandlung bis zur Erledigung des Strafverfahrens und dem Strafrichter (§ 261 StPO) gestattet, die Aussetzung der Verhandlung bis zur Erhebung der Civilklage oder bis zum Erlasse des civilprozessualischen Urtheils anzuordnen. Ist aber die Thatsache der Verurtheilung einer Person durch Strafurtheil Voraussetzung eines privatrechtlichen Anspruches, so hat das Urtheil des Strafrichters allerdings bindende Wirkung für den Civilprozeßrichter, es entscheidet dann aber nur die Thatsache, daß der Strafrichter ein Urtheil bestimmten Inhalts erlassen hat (vgl. z. B. §§ 95—98 des Unfallversicherungsgesetzes v. 6. Juli 1884).[1]) Ferner ist nach §§ 581, 580[1–5] CPO die Restitutionsklage nur dann zulässig, wenn diejenige strafbare Handlung, welche den Grund der Klage bildet, durch Strafurtheil festgestellt ist, bindend aber ist die Feststellung des Strafrichters auch in diesem Falle nicht. In diesem Falle kann übrigens auch der Beweis der Strafthat nicht durch Eideszuschiebung geführt werden.

In denjenigen Fällen allein, in denen der Beschuldigte zur Zahlung einer Buße verurtheilt werden kann, ist dem Verletzten die Möglichkeit gegeben, durch Anschluß an das Strafverfahren die Verurteilung zur Zahlung einer Buße und damit der Entschädigungssumme im Strafprozeß zu erlangen (§§ 443 ff StPO).

Im Verwaltungsstreitverfahren ist allerdings die nächste Aufgabe des Gerichts gleichfalls die, über das Vorhandensein eines subjektiven Rechtes des Einzelnen zu entscheiden. Diesem Einzelnen steht aber immer der Staat gegenüber,

---

[1]) Ueber die bindende Kraft des freisprechenden Urtheils für die Entschädigungsberechtigung des Beschuldigten vgl. Reichsges. vom 20. Mai 1898.

Digitized by Google

und zwar nicht, wie im Civilprozeß der Beklagte, mit einem Rechtsschutzanspruche, der dem des Klägers gleichsteht, sondern mit dem Interesse, daß die Verwaltung nach dem Gesetze geführt werde. Die wahre Aufgabe des Verwaltungsstreitverfahrens besteht daher darin, festzustellen, ob die Verwaltungsmaßregel, welche den Anlaß zur Klage bildete und vom Kläger als Unterthan eine Leistung verlangte oder seine persönliche Freiheit beschränkte, dem Gesetze entspricht. Das Verwaltungsstreitverfahren wird daher ausschließlich vom öffentlichen Interesse beherrscht, die Normen, nach denen es sich richtet, müssen also zwingender Natur sein, und die Verfügungsmacht der Parteien ist ausgeschlossen.

§ 24. Bethätigung der Parteimacht.

Die Willenserklärungen der Parteien wirken, eben weil sie Bethätigungen des Parteiwillens sind, gleichviel ob ihnen der Entschluß nur der einen, der erklärenden, Partei oder eine Parteiabrede zu Grunde liegt. Dies ist der Grund, weshalb Prozeßverträge von untergeordneter Bedeutung sind.[1]) Denn da unter einem prozeßrechtlichen Vertrage nur diejenige Vereinbarung verstanden werden kann, welche unmittelbar prozeßrechtliche Wirkung hat, so scheiden alle diejenigen Verträge aus, welche den Parteien ein bestimmtes Verhalten zur Pflicht machen. Wenn nämlich das Nichterscheinen beider Parteien oder einer Partei oder der Nichtgebrauch bestimmter Beweismittel verabredet wird, die Partei aber doch erscheint und Erklärungen abgiebt, oder das ausgeschlossene Beweismittel vorbringt, so kann die verletzte Partei die prozeßrechtliche Wirkung der vertragswidrigen Handlung nicht ungeschehen machen, sie kann nur Entschädigung wegen der Vertragsverletzung verlangen, der Vertrag ist also kein prozeßrechtlicher, sondern ein civilrechtlicher. Ferner können Verträge, welche den Parteien oder auch nur einer von ihnen einen prozessualischen Anspruch gegen das Gericht einräumen, keine Wirkung haben, weil sie in jedem

---

[1]) Einen viel zu großen Werth mißt ihnen Kohler bei: Prozeßrechtliche Verträge und Kreationen bei Rassow und Küntzel Beiträge 31 S 276 ff., 481 ff., jetzt auch „Gesammelte Beiträge zum CP". 1894, S. 127 ff.

Digitized by Google

Falle einen Gegenstand betreffen würden, welcher der Parteiwillkür entzogen ist. Es bleibt also nur die Aufgabe prozessualischer, zur Verfügung der Partei stehender Ansprüche übrig. Die Aufgabe eines solchen Anspruches erfolgt wirksam durch einseitige Erklärung (§§ 346, 514, 566, 391, 410, 436, 399, 843), ist aber unmittelbar wirksam nur dann, wenn das prozessualische Recht, welches aufgegeben werden soll, bereits entstanden ist (RG 20, 398; 36, 421). Auch die „Vereinbarung über die Zuständigkeit" (§ 38) wirkt nur aus dem Grunde, weil in ihr ein Verzicht des Beklagten auf die Einrede der Unzuständigkeit enthalten ist (§ 39). Diejenigen Beweisverträge aber, welche den Beweis einer bestimmten Behauptung schon dann als geführt bezeichnen, wenn diese Behauptung durch ein bestimmtes Beweismittel unterstützt werden sollte, können nur als bedingte Geständnisse wirken. Der Vergleich beseitigt entweder nur das streitige Privatrechtsverhältniß und giebt deshalb nur eine materiellrechtliche Einrede, oder er läßt das Privatrechtsverhältniß bestehen und beseitigt nur das Prozeßrechtsverhältniß;[1]) im letzteren Falle wirkt er aber nicht als Vertrag, sondern durch die in ihm enthaltene Zurücknahme der Klage.

Entscheidend im Prozeßrecht ist ferner nur die Thatsache, daß die Partei eine bestimmte Prozeßhandlung vorgenommen oder unterlassen hat, nicht auch der Grund, der hierzu bestimmte. Daher hängen z. B. die Wirkungen der Versäumniß nicht davon ab, ob die Partei eine Handlung unterlassen wollte oder durch äußere Umstände an der Vornahme der Handlung verhindert war (in einem Termine nicht erschien, weil sie in einen falschen Eisenbahnzug gestiegen oder durch einen Unterbeamten in ein falsches Zimmer gerufen war), und die Eideszuschiebung wirkt stets als Bethätigung der Verfügungsfreiheit der Partei, auch wenn sich die Partei nur aus Mangel an anderen Beweismitteln und mit äußerstem Widerstreben zu dieser Prozeßhandlung entschlossen hatte.

---

[1]) Z. B. die Parteien erklären nur: Ich, Kläger, nehme die Klage zurück, und ich, Beklagter, trage die bisher entstandenen Kosten. — Das Gewöhnliche ist, daß das Privatrechts- und das Prozeßrechtsverhältniß durch denselben Vergleich beseitigt wird.

Digitized by Google

§ 25. Einschränkungen der Parteimacht.

Die Herrschaft der Dispositionsmaxime bildet auch für den Civilprozeß nur die Regel. Ausnahmen finden in allen denjenigen Fällen statt, in welchen den Gegenstand des Rechtsstreits ein der freien Verfügung der Parteien entzogenes Privatrechtsverhältniß bildet. Sie sind in der CPO fest umgrenzt. Es sind die Ehesachen, d. h. die Rechtsstreitigkeiten, welche die Scheidung, Nichtigkeit oder Anfechtung einer Ehe, die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens einer Ehe zwischen den Parteien oder die Herstellung des ehelichen Lebens zum Gegenstande haben (§ 606), ferner die Rechtsstreitigkeiten, welche die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Eltern- und Kindesverhältnisses zwischen den Parteien oder die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der elterlichen Gewalt der einen Partei über die andere zum Gegenstande haben (§ 640), die gegen die Ehelichkeit eines Kindes oder die Anerkennung der Ehelichkeit gerichtete Anfechtungsklage (§ 641), endlich das Entmündigungsverfahren (§§ 645 ff.). Denn in allen diesen Fällen handelt es sich um Rechtsverhältnisse, welche die Parteien nicht beliebig durch Rechtsgeschäfte begründen und auflösen können. Würde ihnen also durch das Mittel des Prozesses eine Verfügungsmacht eingeräumt, die ihnen das Privatrecht entzieht, so würde es für sie nur der Anstellung eines simulirten Prozesses bedürfen, um die Schranken des Privatrechts zu überschreiten. Es brauchte deshalb z. B. nur ein Ehegatte eine Scheidungsklage gegen den andern zu erheben und mit erdichteten Behauptungen zu begründen, der beklagte Ehegatte aber diese Behauptungen ausdrücklich zuzugestehen oder blos nicht zu bestreiten, um die Möglichkeit einer Auflösung der lästig gewordenen Ehe zu erlangen. Die CPO setzt daher durch ausdrückliche Bestimmung in den oben bezeichneten Sachen alle diejenigen Normen des Prozeßrechts außer Anwendung, welche eine Anerkennung des Verfügungsrechts der Parteien enthalten. In welcher Weise und in welchem Maße dies geschieht, wird bei Behandlung dieser Prozeßarten gezeigt werden. Es handelt sich aber um Ausnahmen, welche nicht auf andere Fälle, insbesondere nicht auf alle Rechtsstreitigkeiten des Familienrechts ausgedehnt werden dürfen.

Digitized by Google

§ 26. Oertliche und zeitliche Grenzen des Civilprozeßrechts.

Für das Civilprozeßrecht gilt das Territorialitätsprinzip. Nach ihm finden auf die innerhalb des Deutschen Reiches vorzunehmenden Prozeßhandlungen ausschließlich die Grundsätze des deutschen Prozeßrechts Anwendung, auch wenn eine Partei oder beide Parteien Ausländer sind. Auch in denjenigen Fällen, in welchen die CPO dem deutschen Richter die Wiedervergeltung (Retorsion) gestattet (§§ 114 Abs. 2, 110 Abs. 2 Nr. 1), wendet der deutsche Richter, im Falle er von der Erlaubniß Gebrauch macht, nicht das fremde sondern das deutsche Gesetz an.[1]) Nur eine Folge des Territorialitätsprinzips ist, daß der inländische Richter die im Auslande erfolgte Zustellung gelten lassen muß, wenn die ersuchte ausländische Behörde schriftlich bezeugt, daß die Zustellung erfolgt sei (§ 202 Abs. 2), und daß die von einer ausländischen Behörde vorgenommene Beweisaufnahme nicht beanstandet werden darf, wenn sie den inländischen oder den ausländischen Gesetzen entspricht (§§ 364, 369).

Das Prozeßrecht findet ferner Anwendung auf alle innerhalb der Zeit seiner Herrschaft vorzunehmenden Prozeßhandlungen. Da jedoch wenigstens das Erkenntnißverfahren eine Einheit bildet, so pflegen bei Aenderungen der Prozeßgesetzgebung sog. Uebergangsbestimmungen erlassen zu werden (vgl. §§ 18—23 EG z. CPO. §§ 8—13 EG z. KO).

Diese Prinzipien gelten nur für diejenigen Rechtssätze, welche dem Prozeßrecht angehören, nicht auch für die, welche zwar im Prozeßgesetze enthalten sind, gleichwohl aber dem Privatrecht angehören. Solcher Rechtssätze enthält die CPO und namentlich die KO eine große Zahl. Die Grundsätze der Anspruchsverjährung gehören dem Privatrecht an (vgl. §§ 194 ff BGB), die allgemeinen Grundsätze von der Vertheilung der Beweislast dagegen dem Prozeßrecht. Privatrechtlich sind dagegen wiederum diejenigen Rechtssätze, welche die Bedingungen für die Entstehung, Aenderung oder Aufhebung von Privatrechtsverhältnissen festsetzen, aus denen also entnommen werden muß, welche Thatsachen Derjenige, der nach den allgemeinen prozessualischen Grundsätzen die

[1]) Vgl. auch § 5 KO.

Digitized by Google

Beweislast hat, im einzelnen Falle zu beweisen hat. Darum sind auch die einzelnen Rechtsvermuthungen Privatrechtssätze, und die CPO (§ 292) enthält nur den allgemeinen, dem Prozeßrecht angehörenden Satz, daß jede Rechtsvermuthung durch Gegenbeweis entkräftet und daß der Gegenbeweis auch durch Eideszuschiebung geführt werden kann.

§ 27. Rechtspflege und Verwaltung.

In vielen Fällen bedarf es der regelmäßig schwierigen Entscheidung der Frage, ob der Rechtsweg zulässig ist oder nicht. Ist eine Rechtsangelegenheit vor das Gericht gebracht, so entscheidet dieses, und zwar von Amtswegen oder auf die Rüge einer Partei hin, selbständig über die Zulässigkeit des Rechtsweges mit der Wirkung, daß die Rechtskraft dieser Entscheidung auch die Verwaltungsbehörde bindet (§ 17 GVG, § 274 Abs. 2 Nr. 2 CPO). Grundsätzlich entscheidet das Gericht auch dann, wenn eine Verwaltungsbehörde den sog. positiven Kompetenzkonflikt erhebt d. h. dem Gerichte gegenüber ihre eigene Zuständigkeit behauptet. Das GVG hat aber den Landesgesetzen die Befugniß eingeräumt, die Entscheidung des Konfliktes besonderen Behörden zu übertragen, und hat dabei der Landesgesetzgebung gewisse Normen gegeben (§ 17 Abs. 2 GVG). Von dieser Befugniß haben die größten Bundesstaaten Gebrauch gemacht (Preußen, Bayern, Württemberg, Sachsen, Baden u. a.). Die Entscheidung kann aber auch dem Reichsgericht übertragen werden (§ 17 EG z. GVG). Der Kompetenzkonflikt ist nur so lange zulässig, als vom Gericht noch nicht rechtskräftig entschieden ist, und nur so lange als die Sache noch bei einem bundesstaatlichen Gerichte schwebt; denn ist die Sache an das Reichsgericht gekommen, so ist für sie die Entscheidung des bundesstaatlichen Konfliktsgerichtshofes ohne Einfluß.

Ein negativer Kompetenzkonflikt ist gegeben, wenn sowohl das Gericht als auch die Verwaltungsbehörde sich für unzuständig erklärt haben. Für diesen Fall hat die Reichsgesetzgebung einen Ausweg nicht vorgesehen.[1]) Im Kompetenzkonflikt ist zu unterscheiden der positive oder negative Kompetenzstreit

[1]) Doch ist partikularrechtlich Vorsorge getroffen. Vgl. z. B. § 21 der preuß. Verordnung vom 1. August 1879 (auf Antrag Entscheidung des Gerichtshofes z. Entscheidung von Kompetenzkonflikten).

Digitized by Google

unter Gerichtsbehörden; einen solchen entscheidet das den streitenden Gerichten übergeordnete Gericht (§ 36 Nr. 5 und 6 CPO).

Wie schon (oben S. 3) bemerkt, findet die CPO nur auf bürgerliche Rechtsstreitigkeiten Anwendung. Eine Begriffsbestimmung der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit wird in den Reichsprozeßgesetzen nicht gegeben, doch kann kein Zweifel darüber bestehen, daß damit die Rechtsstreitigkeiten des Privatrechts gemeint sind. Es muß deshalb geschlossen werden, daß als privatrechtlichen Anspruch die CPO auch denjenigen Rechtsanspruch angesehen wissen will, der zwar auf einem öffentlichrechtlichen Verhältnisse beruht, für den aber, sei es durch besondere reichsgesetzliche Bestimmung (vgl. § 9 GVG), sei es durch Landesgesetz, der Rechtsweg d. h. der Civilprozeß für zulässig erklärt ist, und er darf nach Reichsgesetz (§ 4 EG z. CPO) nicht deshalb für unzulässig erklärt werden, weil als Partei der Fiskus, eine Gemeinde oder eine andere öffentliche Korporation betheiligt ist.

Der Mangel positiver Gesetzesbestimmung nöthigt zur Aufsuchung eines allgemeinen, Justiz und Verwaltung unterscheidenden, Kriteriums. Beide Thätigkeiten stimmen darin überein, daß sie die Anwendung einer Rechtsnorm durch ein vom Staate[1]) eingesetztes Organ auf ein Lebensverhältniß bilden. Aber die Civilrechtspflege tritt nur dann in Thätigkeit, wenn die privatrechtlichen Interessen zweier Rechtssubjekte mit einander in Widerspruch gerathen, die Verwaltung aber dann, wenn es gilt, das Staatsinteresse zu verwirklichen. Der Richter hat es demnach mit der Lösung des Widerstreites einander *gleichartiger* Interessen zu thun, der Verwaltungsbeamte dagegen mit der Durchführung des allen anderen *übergeordneten* Staatsinteresse. Die Thätigkeit jenes besteht daher in der Auffindung der diesem oder jenem Interesse vom objektiven Recht gezogenen Grenze; wenngleich er auch bei der Feststellung des Sachverhaltes nach Zweckmäßigkeitsrücksichten verfahren darf, so ist doch die Auffindung jener Grenze d. i. das Erkennen dessen, was Recht ist, eine Thätigkeit des kritischen Verstandes. Die Thätigkeit der Verwaltungsbehörden besteht vor Allem in der richtigen Erfassung dessen, was das Staatsinteresse er-

[1]) oder einem Kommunalverbande.

Digitized by Google

In Fällen, in welchen der Richter eine vom Gesetze abweichende Anordnung erlassen darf, kann zwar nicht von dispositivem Recht im eigentlichen Sinne, wohl aber von abänderlichen (elastischen) Prozeßvorschriften gesprochen werden (§ 301 Abs. 2). Das Gericht kann übrigens von der Abweichung sowohl im Interesse der Parteien als auch im öffentlichen Interesse Gebrauch machen.

Im übrigen haben die Normen des Prozeßrechts die Eigenschaft zwingender, unabänderlicher, absoluter Rechtssätze.

2. Eine weitere Folge jener Eigenart des Civilprozeßrechts ist das Vorherrschen der sog. Dispositionsmaxime in der CPO.[1]) Nach dieser behalten die Parteien im Prozesse das Recht, über das im Streit befangene Privatrecht zu verfügen, und es werden deshalb die einzelnen von der Partei vorgenommenen Prozeßhandlungen als Akte der Verfügung über das im Streite befangene Recht behandelt.

Die Partei verfügt unmittelbar über ihr Recht durch Rechtsgeschäfte. Wird ein solches Rechtsgeschäft (z. B. Vergleich, Anerkennung, Zahlung, Erlaß u. s. w.) außerhalb des Prozesses vorgenommen, so wird damit an dem Fortgange des Prozesses d. h. an dem Fortbestehen des publizistischen Prozeßrechtsverhältnisses an sich nichts geändert, doch werden den Parteien Angriffs- und Vertheidigungsmittel in die Hand gegeben, die sie vielleicht bei Beginn des Prozesses nicht hatten. So giebt eine Schuldanerkennung dem Kläger einen neuen Klagegrund, der Vergleich oder Erlaß dem Beklagten eine Einrede. Rechtsgeschäftliche Erklärungen können aber auch im Prozesse selbst abgegeben werden und treten dann in Form einer Prozeßhandlung in die Erscheinung. Die CPO behandelt als solche den Vergleich (§§ 98, 160 Abs. 2 Nr. 1, 510, 794, 795), den Verzicht auf den Klageanspruch durch den Kläger (§§ 460 Abs. 2 Nr. 1, 306) und das Anerkenntniß des Klageanspruches durch den Beklagten (§§ 160 Abs. 2 Nr. 1, 307). Alle diese Willenserklärungen beseitigen die Rechtsungewißheit und damit den Anlaß zur Klage oder zum Widerspruch. Beruhen sie auf einem Willensfehler, so können sie in derselben Weise wie die außerhalb des Prozesses abgegebenen

[1]) Vgl. hierüber Allg. Theil dieses Werkes Bd. I §§ 127—129 S. 156 ff.

Digitized by Google

Willenserklärungen angefochten werden, und zwar innerhalb des Prozesses durch die etwa noch zulässigen Rechtsmittel.

Mittelbar verfügt die Partei über ihre Rechte durch Vornahme wie insbesondere durch Unterlassung von Prozeßhandlungen, indem sie auf diese Weise auf die Entscheidung einwirkt. Wer seinen Anspruch nicht gehörig begründet, seine Behauptungen nicht mit den erforderlichen Beweismitteln unterstützt, von einem zulässigen Rechtsmittel keinen Gebrauch macht, führt damit den Verlust seines Anspruches herbei; wer ein Geständniß ablegt, obwohl er die gegnerische Behauptung bestreiten sollte, eine Einrede unterläßt, die ihm zu Gebote steht, oder wer nicht erscheint, obwohl er Grund hat, dem gegnerischen Vorbringen zu widersprechen, bewirkt damit, daß sein Vermögen mit einer Schuld belastet wird, die vor der Rechtskraft des ihn verurtheilenden Erkenntnisses nicht bestand.

Denn die Dispositionsmaxime hat zur Folge, daß der Richter die von der Partei vorgenommenen Prozeßhandlungen ebenso wie ihre Säumnisse als Aeußerungen ihrer Willensmacht hinnehmen und danach handeln muß, auch wenn er vermuthet oder weiß, daß damit ein unrichtiges Ergebniß erzielt wird.

§ 23. Civilprozeß, Strafprozeß, Verwaltungsstreitverfahren.

Alles dies ist im Strafprozeß anders. Seinen Gegenstand bildet der Strafanspruch des Staates gegen Denjenigen, welcher eine strafbare Handlung begangen hat. Das etwaige private Interesse des Verletzten an der Durchführung dieses Strafanspruches tritt zurück hinter dem öffentlichen Interesse an der Bestrafung des Schuldigen und der Nichtbestrafung des Nichtschuldigen wie desjenigen, dem gegenüber der Strafanspruch erloschen ist. Die Folge ist, daß nur in Ausnahmefällen der Verletzte durch Stellung des Strafantrages oder durch Erhebung der Privatklage Einfluß auf Beginn und Fortgang des Prozesses ausüben kann. In jedem Falle aber kann eine Strafe nur verhängt werden, wenn wirklich feststeht, daß eine strafbare Handlung und daß sie vom Angeklagten verübt ist. Das Strafurtheil muß sich auf die sog. historische Wahrheit stützen, das Urtheil im Civilprozeß aber muß sich mit dem begnügen, was die Parteien zur

Digitized by Google

Grundlage des Urtheils machen wollen.[1]) Der Gegensatz zeigt sich in Folgendem:

a) Im Civilprozeß ist das Geständniß für den Richter bindend (§ 288), im Strafprozeß nicht, es dient hier wie andere Erklärungen des Angeklagten auch nur der Wahrheitserforschung.

b) Im Civilprozeß bewirkt das Nichterscheinen wie das Schweigen einer Partei, daß die vom Gegner abgegebenen Erklärungen nicht entkräftet werden (§§ 330, 331), daher vom Richter als wahr hingenommen werden müssen, auch wenn er von ihrer Unwahrheit überzeugt ist; im Strafprozeß verhindert das Ausbleiben des Angeklagten regelmäßig die Hauptverhandlung überhaupt, in jedem Falle überhebt es den Richter nicht der Pflicht der von den Anträgen des Angeklagten unabhängigen Wahrheitserforschung.

c) Die Leistung wie die Nichtleistung des Parteieneides hat als Verfügungsakt der Partei für den Richter unbedingt zwingende Kraft (§§ 463, 464), das deutsche Strafprozeßrecht kennt den Parteieneid überhaupt nicht.

d) Das Urtheil im Strafprozeß kann nie auf eine Rechtsvermuthung gegründet werden; im Civilprozeß hat diese so lange zwingende Kraft, bis sie der Gegner widerlegt, unterläßt er die Widerlegung, so läßt er die Vermuthung gegen sich gelten (vgl. § 292 CPO).

Eine und dieselbe strafbare Handlung kann den Anlaß eines Strafprozesses und eines Civilprozesses bilden. Jener erörtert die Frage der Bestrafung des Beschuldigten, dieser die der Entschädigung des Verletzten (§§ 823 ff. CPO), aber obwohl ein dem Beschuldigten nachtheiliges Urtheil hier wie dort nur gefällt werden kann, wenn feststeht, daß der Beschuldigte die Handlung begangen, wird bei dieser Feststellung doch nach den diesem oder jenem Prozesse eigenthümlichen Grundsätzen verfahren. Deshalb ist im Civilprozeß das Anerkenntniß oder Geständniß des Beklagten, sein Nichterscheinen oder Nichtverhandeln für den Richter bindend, ja es kann der Beweis der That sogar durch Eideszuschiebung geführt werden, so daß für den Richter des Civilprozesses die That als begangen gilt, wenn der Beklagte die Eidesleistung ver-

[1]) Die Bezeichnung „formelle Wahrheit" ist falsch und muß vermieden werden.

Digitized by Google

weigert (§§ 464, 465 CPO). Die Folge ist, daß das in dem einen Prozesse erlassene Urtheil nicht bindend sein kann für den Richter des anderen Prozesses (vgl. § 14 Nr. 1 EG z. CPO). Ist demnach zwar kein rechtlicher Zwang vorhanden, die dort getroffene Feststellung auch hier zu treffen, so kann doch die in dem einen Prozesse erfolgte Stoffsammlung thatsächlich die in dem anderen Prozesse selbständig vorzunehmende Feststellung beeinflussen. Aus diesem Grunde ist dem Civilprozeßrichter (§ 149 CPO) gestattet, die Aussetzung der Verhandlung bis zur Erledigung des Strafverfahrens und dem Strafrichter (§ 261 StPO) gestattet, die Aussetzung der Verhandlung bis zur Erhebung der Civilklage oder bis zum Erlasse des civilprozessualischen Urtheils anzuordnen. Ist aber die Thatsache der Verurtheilung einer Person durch Strafurtheil Voraussetzung eines privatrechtlichen Anspruches, so hat das Urtheil des Strafrichters allerdings bindende Wirkung für den Civilprozeßrichter, es entscheidet dann aber nur die Thatsache, daß der Strafrichter ein Urtheil bestimmten Inhalts erlassen hat (vgl. z. B. §§ 95—98 des Unfallversicherungsgesetzes v. 6. Juli 1884).[1]) Ferner ist nach §§ 581, 580[1–5] CPO die Restitutionsklage nur dann zulässig, wenn diejenige strafbare Handlung, welche den Grund der Klage bildet, durch Strafurtheil festgestellt ist, bindend aber ist die Feststellung des Strafrichters auch in diesem Falle nicht. In diesem Falle kann übrigens auch der Beweis der Strafthat nicht durch Eideszuschiebung geführt werden.

In denjenigen Fällen allein, in denen der Beschuldigte zur Zahlung einer Buße verurtheilt werden kann, ist dem Verletzten die Möglichkeit gegeben, durch Anschluß an das Strafverfahren die Verurteilung zur Zahlung einer Buße und damit der Entschädigungssumme im Strafprozeß zu erlangen (§§ 443 ff StPO).

Im Verwaltungsstreitverfahren ist allerdings die nächste Aufgabe des Gerichts gleichfalls die, über das Vorhandensein eines subjektiven Rechtes des Einzelnen zu entscheiden. Diesem Einzelnen steht aber immer der Staat gegenüber,

---

[1]) Ueber die bindende Kraft des freisprechenden Urtheils für die Entschädigungsberechtigung des Beschuldigten vgl. Reichsges. vom 20. Mai 1898.

Digitized by Google

und zwar nicht, wie im Civilprozeß der Beklagte, mit einem Rechtsschutzanspruche, der dem des Klägers gleichsteht, sondern mit dem Interesse, daß die Verwaltung nach dem Gesetze geführt werde. Die wahre Aufgabe des Verwaltungsstreitverfahrens besteht daher darin, festzustellen, ob die Verwaltungsmaßregel, welche den Anlaß zur Klage bildete und vom Kläger als Unterthan eine Leistung verlangte oder seine persönliche Freiheit beschränkte, dem Gesetze entspricht. Das Verwaltungsstreitverfahren wird daher ausschließlich vom öffentlichen Interesse beherrscht, die Normen, nach denen es sich richtet, müssen also zwingender Natur sein, und die Verfügungsmacht der Parteien ist ausgeschlossen.

§ 24. Bethätigung der Parteimacht.

Die Willenserklärungen der Parteien wirken, eben weil sie Bethätigungen des Parteiwillens sind, gleichviel ob ihnen der Entschluß nur der einen, der erklärenden, Partei oder eine Parteiabrede zu Grunde liegt. Dies ist der Grund, weshalb Prozeßverträge von untergeordneter Bedeutung sind.[1]) Denn da unter einem prozeßrechtlichen Vertrage nur diejenige Vereinbarung verstanden werden kann, welche unmittelbar prozeßrechtliche Wirkung hat, so scheiden alle diejenigen Verträge aus, welche den Parteien ein bestimmtes Verhalten zur Pflicht machen. Wenn nämlich das Nichterscheinen beider Parteien oder einer Partei oder der Nichtgebrauch bestimmter Beweismittel verabredet wird, die Partei aber doch erscheint und Erklärungen abgiebt, oder das ausgeschlossene Beweismittel vorbringt, so kann die verletzte Partei die prozeßrechtliche Wirkung der vertragswidrigen Handlung nicht ungeschehen machen, sie kann nur Entschädigung wegen der Vertragsverletzung verlangen, der Vertrag ist also kein prozeßrechtlicher, sondern ein civilrechtlicher. Ferner können Verträge, welche den Parteien oder auch nur einer von ihnen einen prozessualischen Anspruch gegen das Gericht einräumen, keine Wirkung haben, weil sie in jedem

[1]) Einen viel zu großen Werth mißt ihnen Kohler bei: Prozeßrechtliche Verträge und Kreationen bei Rassow und Küntzel Beiträge 31 S 276 ff., 481 ff., jetzt auch „Gesammelte Beiträge zum CP". 1894, S. 127 ff.

Digitized by Google

Falle einen Gegenstand betreffen würden, welcher der Parteiwillkür entzogen ist. Es bleibt also nur die Aufgabe prozessualischer, zur Verfügung der Partei stehender Ansprüche übrig. Die Aufgabe eines solchen Anspruches erfolgt wirksam durch einseitige Erklärung (§§ 346, 514, 566, 391, 410, 436, 399, 843), ist aber unmittelbar wirksam nur dann, wenn das prozessualische Recht, welches aufgegeben werden soll, bereits entstanden ist (RG 20, 398; 36, 421). Auch die „Vereinbarung über die Zuständigkeit" (§ 38) wirkt nur aus dem Grunde, weil in ihr ein Verzicht des Beklagten auf die Einrede der Unzuständigkeit enthalten ist (§ 39). Diejenigen Beweisverträge aber, welche den Beweis einer bestimmten Behauptung schon dann als geführt bezeichnen, wenn diese Behauptung durch ein bestimmtes Beweismittel unterstützt werden sollte, können nur als bedingte Geständnisse wirken. Der Vergleich beseitigt entweder nur das streitige Privatrechtsverhältniß und giebt deshalb nur eine materiellrechtliche Einrede, oder er läßt das Privatrechtsverhältniß bestehen und beseitigt nur das Prozeßrechtsverhältniß;[1]) im letzteren Falle wirkt er aber nicht als Vertrag, sondern durch die in ihm enthaltene Zurücknahme der Klage.

Entscheidend im Prozeßrecht ist ferner nur die Thatsache, daß die Partei eine bestimmte Prozeßhandlung vorgenommen oder unterlassen hat, nicht auch der Grund, der hierzu bestimmte. Daher hängen z. B. die Wirkungen der Versäumniß nicht davon ab, ob die Partei eine Handlung unterlassen wollte oder durch äußere Umstände an der Vornahme der Handlung verhindert war (in einem Termine nicht erschien, weil sie in einen falschen Eisenbahnzug gestiegen oder durch einen Unterbeamten in ein falsches Zimmer gerufen war), und die Eideszuschiebung wirkt stets als Bethätigung der Verfügungsfreiheit der Partei, auch wenn sich die Partei nur aus Mangel an anderen Beweismitteln und mit äußerstem Widerstreben zu dieser Prozeßhandlung entschlossen hatte.

---

[1]) Z. B. die Parteien erklären nur: Ich, Kläger, nehme die Klage zurück, und ich, Beklagter, trage die bisher entstandenen Kosten. — Das Gewöhnliche ist, daß das Privatrechts- und das Prozeßrechtsverhältniß durch denselben Vergleich beseitigt wird.

Digitized by Google

§ 25. Einschränkungen der Parteimacht.

Die Herrschaft der Dispositionsmaxime bildet auch für den Civilprozeß nur die Regel. Ausnahmen finden in allen denjenigen Fällen statt, in welchen den Gegenstand des Rechtsstreits ein der freien Verfügung der Parteien entzogenes Privatrechtsverhältniß bildet. Sie sind in der CPO fest umgrenzt. Es sind die Ehesachen, d. h. die Rechtsstreitigkeiten, welche die Scheidung, Nichtigkeit oder Anfechtung einer Ehe, die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens einer Ehe zwischen den Parteien oder die Herstellung des ehelichen Lebens zum Gegenstande haben (§ 606), ferner die Rechtsstreitigkeiten, welche die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Eltern- und Kindesverhältnisses zwischen den Parteien oder die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens der elterlichen Gewalt der einen Partei über die andere zum Gegenstande haben (§ 640), die gegen die Ehelichkeit eines Kindes oder die Anerkennung der Ehelichkeit gerichtete Anfechtungsklage (§ 641), endlich das Entmündigungsverfahren (§§ 645 ff.). Denn in allen diesen Fällen handelt es sich um Rechtsverhältnisse, welche die Parteien nicht beliebig durch Rechtsgeschäfte begründen und auflösen können. Würde ihnen also durch das Mittel des Prozesses eine Verfügungsmacht eingeräumt, die ihnen das Privatrecht entzieht, so würde es für sie nur der Anstellung eines simulirten Prozesses bedürfen, um die Schranken des Privatrechts zu überschreiten. Es brauchte deshalb z. B. nur ein Ehegatte eine Scheidungsklage gegen den andern zu erheben und mit erdichteten Behauptungen zu begründen, der beklagte Ehegatte aber diese Behauptungen ausdrücklich zuzugestehen oder blos nicht zu bestreiten, um die Möglichkeit einer Auflösung der lästig gewordenen Ehe zu erlangen. Die CPO setzt daher durch ausdrückliche Bestimmung in den oben bezeichneten Sachen alle diejenigen Normen des Prozeßrechts außer Anwendung, welche eine Anerkennung des Verfügungsrechts der Parteien enthalten. In welcher Weise und in welchem Maße dies geschieht, wird bei Behandlung dieser Prozeßarten gezeigt werden. Es handelt sich aber um Ausnahmen, welche nicht auf andere Fälle, insbesondere nicht auf alle Rechtsstreitigkeiten des Familienrechts ausgedehnt werden dürfen.

Digitized by Google

§ 26. Oertliche und zeitliche Grenzen des Civilprozeßrechts.

Für das Civilprozeßrecht gilt das Territorialitätsprinzip. Nach ihm finden auf die innerhalb des Deutschen Reiches vorzunehmenden Prozeßhandlungen ausschließlich die Grundsätze des deutschen Prozeßrechts Anwendung, auch wenn eine Partei oder beide Parteien Ausländer sind. Auch in denjenigen Fällen, in welchen die CPO dem deutschen Richter die Wiedervergeltung (Retorsion) gestattet (§§ 114 Abs. 2, 110 Abs. 2 Nr. 1), wendet der deutsche Richter, im Falle er von der Erlaubniß Gebrauch macht, nicht das fremde sondern das deutsche Gesetz an.[1]) Nur eine Folge des Territorialitätsprinzips ist, daß der inländische Richter die im Auslande erfolgte Zustellung gelten lassen muß, wenn die ersuchte ausländische Behörde schriftlich bezeugt, daß die Zustellung erfolgt sei (§ 202 Abs. 2), und daß die von einer ausländischen Behörde vorgenommene Beweisaufnahme nicht beanstandet werden darf, wenn sie den inländischen oder den ausländischen Gesetzen entspricht (§§ 364, 369).

Das Prozeßrecht findet ferner Anwendung auf alle innerhalb der Zeit seiner Herrschaft vorzunehmenden Prozeßhandlungen. Da jedoch wenigstens das Erkenntnißverfahren eine Einheit bildet, so pflegen bei Aenderungen der Prozeßgesetzgebung sog. Uebergangsbestimmungen erlassen zu werden (vgl. §§ 18—23 EG z. CPO. §§ 8—13 EG z. KO).

Diese Prinzipien gelten nur für diejenigen Rechtssätze, welche dem Prozeßrecht angehören, nicht auch für die, welche zwar im Prozeßgesetze enthalten sind, gleichwohl aber dem Privatrecht angehören. Solcher Rechtssätze enthält die CPO und namentlich die KO eine große Zahl. Die Grundsätze der Anspruchsverjährung gehören dem Privatrecht an (vgl. §§ 194 ff BGB), die allgemeinen Grundsätze von der Vertheilung der Beweislast dagegen dem Prozeßrecht. Privatrechtlich sind dagegen wiederum diejenigen Rechtssätze, welche die Bedingungen für die Entstehung, Aenderung oder Aufhebung von Privatrechtsverhältnissen festsetzen, aus denen also entnommen werden muß, welche Thatsachen Derjenige, der nach den allgemeinen prozessualischen Grundsätzen die

[1]) Vgl. auch § 5 KO.

Digitized by Google

Beweislast hat, im einzelnen Falle zu beweisen hat. Darum sind auch die einzelnen Rechtsvermuthungen Privatrechtssätze, und die CPO (§ 292) enthält nur den allgemeinen, dem Prozeßrecht angehörenden Satz, daß jede Rechtsvermuthung durch Gegenbeweis entkräftet und daß der Gegenbeweis auch durch Eideszuschiebung geführt werden kann.

§ 27. Rechtspflege und Verwaltung.

In vielen Fällen bedarf es der regelmäßig schwierigen Entscheidung der Frage, ob der Rechtsweg zulässig ist oder nicht. Ist eine Rechtsangelegenheit vor das Gericht gebracht, so entscheidet dieses, und zwar von Amtswegen oder auf die Rüge einer Partei hin, selbständig über die Zulässigkeit des Rechtsweges mit der Wirkung, daß die Rechtskraft dieser Entscheidung auch die Verwaltungsbehörde bindet (§ 17 GVG, § 274 Abs. 2 Nr. 2 CPO). Grundsätzlich entscheidet das Gericht auch dann, wenn eine Verwaltungsbehörde den sog. positiven Kompetenzkonflikt erhebt d. h. dem Gerichte gegenüber ihre eigene Zuständigkeit behauptet. Das GVG hat aber den Landesgesetzen die Befugniß eingeräumt, die Entscheidung des Konfliktes besonderen Behörden zu übertragen, und hat dabei der Landesgesetzgebung gewisse Normen gegeben (§ 17 Abs. 2 GVG). Von dieser Befugniß haben die größten Bundesstaaten Gebrauch gemacht (Preußen, Bayern, Württemberg, Sachsen, Baden u. a.). Die Entscheidung kann aber auch dem Reichsgericht übertragen werden (§ 17 EG z. GVG). Der Kompetenzkonflikt ist nur so lange zulässig, als vom Gericht noch nicht rechtskräftig entschieden ist, und nur so lange als die Sache noch bei einem bundesstaatlichen Gerichte schwebt; denn ist die Sache an das Reichsgericht gekommen, so ist für sie die Entscheidung des bundesstaatlichen Konfliktsgerichtshofes ohne Einfluß.

Ein negativer Kompetenzkonflikt ist gegeben, wenn sowohl das Gericht als auch die Verwaltungsbehörde sich für unzuständig erklärt haben. Für diesen Fall hat die Reichsgesetzgebung einen Ausweg nicht vorgesehen.[1]) Im Kompetenzkonflikt ist zu unterscheiden der positive oder negative Kompetenzstreit

[1]) Doch ist partikularrechtlich Vorsorge getroffen. Vgl. z. B. § 21 der preuß. Verordnung vom 1. August 1879 (auf Antrag Entscheidung des Gerichtshofes z. Entscheidung von Kompetenzkonflikten).

Digitized by Google

unter Gerichtsbehörden; einen solchen entscheidet das den streitenden Gerichten übergeordnete Gericht (§ 36 Nr. 5 und 6 CPO).

Wie schon (oben S. 3) bemerkt, findet die CPO nur auf bürgerliche Rechtsstreitigkeiten Anwendung. Eine Begriffsbestimmung der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit wird in den Reichsprozeßgesetzen nicht gegeben, doch kann kein Zweifel darüber bestehen, daß damit die Rechtsstreitigkeiten des Privatrechts gemeint sind. Es muß deshalb geschlossen werden, daß als privatrechtlichen Anspruch die CPO auch denjenigen Rechtsanspruch angesehen wissen will, der zwar auf einem öffentlichrechtlichen Verhältnisse beruht, für den aber, sei es durch besondere reichsgesetzliche Bestimmung (vgl. § 9 GVG), sei es durch Landesgesetz, der Rechtsweg d. h. der Civilprozeß für zulässig erklärt ist, und er darf nach Reichsgesetz (§ 4 EG z. CPO) nicht deshalb für unzulässig erklärt werden, weil als Partei der Fiskus, eine Gemeinde oder eine andere öffentliche Korporation betheiligt ist.

Der Mangel positiver Gesetzesbestimmung nöthigt zur Aufsuchung eines allgemeinen, Justiz und Verwaltung unterscheidenden, Kriteriums. Beide Thätigkeiten stimmen darin überein, daß sie die Anwendung einer Rechtsnorm durch ein vom Staate[1]) eingesetztes Organ auf ein Lebensverhältniß bilden. Aber die Civilrechtspflege tritt nur dann in Thätigkeit, wenn die privatrechtlichen Interessen zweier Rechtssubjekte mit einander in Widerspruch gerathen, die Verwaltung aber dann, wenn es gilt, das Staatsinteresse zu verwirklichen. Der Richter hat es demnach mit der Lösung des Widerstreites einander gleichartiger Interessen zu thun, der Verwaltungsbeamte dagegen mit der Durchführung des allen anderen übergeordneten Staatsinteresse. Die Thätigkeit jenes besteht daher in der Auffindung der diesem oder jenem Interesse vom objektiven Recht gezogenen Grenze; wenngleich er auch bei der Feststellung des Sachverhaltes nach Zweckmäßigkeitsrücksichten verfahren darf, so ist doch die Auffindung jener Grenze d. i. das Erkennen dessen, was Recht ist, eine Thätigkeit des kritischen Verstandes. Die Thätigkeit der Verwaltungsbehörden besteht vor Allem in der richtigen Erfassung dessen, was das Staatsinteresse er-

[1]) oder einem Kommunalverbande.

Digitized by Google

heischt, und alsdann in der zweckmäßigen Durchführung des als richtig Erkannten. Die Civilrechtspflege besteht also in der Anwendung der Rechtsnorm selbst, die Verwaltung in einer Thätigkeit innerhalb der von der Rechtsnorm gezogenen Schranken, sie kann und soll daher auch nach Zweckmäßigkeitsrücksichten verfahren, während die Hineinziehung von Zwecken, welche der Rechtsfindung fremd sind, in die Civilrechtspflege immer einer Partei ein Unrecht zufügt.[1])

Die Aufgaben der Rechtspflege lassen sich nur erreichen, wenn Einrichtungen getroffen werden, welche die Fernhaltung ihr fremder Zwecke sichern. Deshalb hat im Laufe des 19. Jahrhunderts überall die sog. Trennung von Justiz und Verwaltung stattgefunden, d. h. man hat die Entscheidung privatrechtlicher Streitigkeiten den Gerichten, die Verwaltung anderen Behörden übertragen, und durch Reichsgesetz (§ 4 EG z. GVG) ist einer späteren Wiedervereinigung beider Funktionen in denselben Behörden entgegengetreten. Damit sind die Gerichte vor der Gefahr geschützt, unbewußt Rücksichten, die bei der Verwaltung zu nehmen sind, in die Ausübung der Rechtspflege hineinzutragen. Die Reichsgesetzgebung hat ferner eine Reihe von Grundsätzen aufgestellt, welche den Zweck haben, die Unabhängigkeit der Richter zu wahren d. h. ihre Freiheit im Verhältniß zur Justizverwaltung und ihre Freiheit im Verhältniß zum rechtsuchenden Publikum.

Jene Freiheit soll gesichert werden durch die im GVG ausgesprochene Unabhängigkeit (§ 1) und Unabsetzbarkeit (§§ 6, 8) der Richter. Indem das Gesetz dem Worte „unabhängig" den Zusatz „nur dem Gesetze unterworfen" hinzufügt, spricht es aus, daß Anordnungen, Weisungen, Wünsche der Justizverwaltungsbehörden, auch wenn sie von der höchsten Stelle ausgehen und vom Richter eine vom Gesetze abweichende Entscheidung verlangen, für diesen unverbindlich sind, ja daß er sich strafrechtlich und disciplinarisch ver-

---

[1]) In den Fällen, in denen dem Richter zwei Wege offenstehen, ist es seine Pflicht, auch seinerseits den zweckmäßigeren zu wählen. Uebrigens bedarf der Richter außer Rechtskenntnissen und kritischem Verstande noch anderer Eigenschaften; nur derjenige ist ein guter Richter, der mit einer feinen Beobachtungsgabe Verständniß für die Lebens- und Verkehrsverhältnisse verbindet. Mit der Aufhäufung von Rechtskenntnissen ist zwar manches, aber nicht alles gewonnen.

Digitized by Google

antwortlich macht, wenn er sie befolgt (§ 336 StGB). Hierin liegt der Ausschluß der sog. Kabinetsjustiz. Unverbindlich für den Richter sind nicht nur bestimmte, für den einzelnen Fall, sondern auch allgemein ertheilte Verhaltungsvorschriften. Unter Gesetz ist aber auch hier jede verbindliche Rechtsnorm, also insbesondere das Gewohnheitsrecht und das nach der Verfassung des Reiches oder des betreffenden Bundesstaates verbindliche, auf Verordnungen einzelner Behörden beruhende Recht zu verstehen.[1]) In der Unabsetzbarkeit liegt auch die Unversetzbarkeit, wie sie § 8 GVG ausdrücklich ausspricht. Die Amtsenthebung, die Versetzung an eine andere (auch eine höhere) Richterstelle und die Versetzung in den Ruhestand können auf Verlangen des Richters erfolgen; und es entscheidet alsdann das Gesetz (Pensionsgesetz) oder das Ermessen der Landesjustizverwaltung. Gegen den Willen des Richters können jene Maßnahmen nur angeordnet werden auf Grund richterlicher Entscheidung und nur aus den vom Gesetz bestimmten Gründen und in den dort vorgeschriebenen Formen (also z. B. auf Grund rechtskräftiger Entscheidung eines Disziplinargerichts). Ausnahmsweise können bei einer Veränderung in der Organisation der Gerichte oder ihrer Bezirke unfreiwillige Versetzungen an ein anderes (auch ein höheres) Gericht oder Entfernungen vom Amte, aber unter Belassung des vollen Gehalts durch die Landesjustizverwaltung verfügt werden.

Dem Zwecke einer unbefangenen und unparteiischen Rechtsprechung dienen ferner alle diejenigen Gesetzesvorschriften, welche der Justizverwaltung eine ihren Wünschen entsprechende Zusammensetzung der Gerichtskollegien unmöglich machen sollen. Reichsgesetzlich ist bestimmt

a) daß die Geschäfte der Landgerichte, der Oberlandesgerichte und des Reichsgerichts auf die Dauer je eines Geschäftsjahres unter die Kammern oder Senate derselben Art vertheilt werden sollen und daß die getroffene Anordnung im Laufe des Geschäftsjahres nur beim Vorhandensein bestimmter Gründe geändert werden darf, nämlich wenn die Aenderung in Folge Ueberlastung einer Gerichtsabtheilung oder in Folge Wechsels oder dauernder Verhinderung einzelner Mitglieder des Gerichts erforderlich wird (§§ 62, 121, 133 GVG);

[1]) Mein Preuß. Privatrecht, 6. Aufl. 1896. S. 28. Mein altes und neues bürgerliches Recht. 1899. S. 16 ff.

Digitized by Google

b) daß für jedes Gerichtsmitglied auf die Dauer eines Geschäftsjahres ein regelmäßiger Vertreter bestellt wird und daß vom Präsidenten ein anderer, zeitweiliger, Vertreter nur dann bestellt werden darf, wenn der regelmäßige Vertreter verhindert ist (§§ 62, 66, 121, 133 GVG);

c) daß die Anordnungen zu a und b nicht durch den Präsidenten, sondern durch das Präsidium erfolgen (§§ 63, 121, 133 GVG);

d) daß im Falle der Verhinderung des ordentlichen Vorsitzenden dasjenige Mitglied der Kammer oder des Senats den Vorsitz führt, welches dem Dienstalter nach und bei gleichem Dienstalter der Geburt nach das älteste ist (§§ 65, 121, 133 GVG).

Aus dem oben angeführten Grunde verstößt die übrigens sehr verbreitete und auch beim Reichsgerichte bestehende Einrichtung, die Kammern oder Senate mit einer größeren Zahl von Richtern zu besetzen als das Gesetz fordert und deshalb einen Wechsel in der Besetzung der einzelnen Abtheilung eintreten zu lassen, zweifellos gegen den Sinn und die Absicht des Gesetzes. Denn dadurch wird dem Vorsitzenden die Möglichkeit gewährt, bestimmte Sachen oder ganze Gattungen von Sachen an Richter zu bringen, von denen er nach ihren Auffassungen und Anschauungen eine bestimmte Entscheidung erwartet.[1])

Die Freiheit des Richters gegenüber unberechtigten, vom rechtsuchenden Publikum ausgehenden Einflüssen wird hauptsächlich durch Stärkung des Ehr- und Pflichtgefühles des Richterstandes, weniger durch Strafandrohungen wegen Bestechung gesichert. Daß das Diensteinkommen der vom Staate angestellten Richter in einem festen, vom Staate gewährten Gehalt, nicht in Gebühren, die von den Parteien für den einzelnen Fall gezahlt werden, besteht (§ 7 GVG), ist eines der wirksamsten Mittel, den Richter über die Parteien zu stellen.

---

[1]) Selbstverständlich schadet diese Einrichtung auch der Gleichheit der Rechtsprechung. Es ist vorgekommen, daß in dem Senate eines OLG eine bestimmte Rechtsfrage am Dienstage stets anders entschieden wurde als am Freitage.

Digitized by Google

§ 28. Die Justizverwaltung.

Eine Ausnahme von dem Grundsatze der Trennung von Justiz und Verwaltung macht fast allgemein die Justizverwaltung. Darunter versteht man nicht die Ausübung der Rechtspflege selbst, sondern diejenige Thätigkeit des Staates, welche die Ausübung der Rechtspflege ermöglicht. Sie besteht:

a) in der Sorge für Beschaffung des Gerichtspersonals d. h. für Anstellung der erforderlichen Zahl von Richtern, Gerichtsschreibern, Gerichtsvollziehern, Gerichtsdienern (Boten, Bütteln, Vögten u. A.), Abschreibern sowie in der Vertheilung der Geschäfte an mehrere Beamte gleicher Art sowie in der Aufsicht über diese Beamten d. h. in der Sorge dafür, daß die Rechtspflege in der vom Gesetze angeordneten Weise gehandhabt werde,

b) in der Sorge für Beschaffung von Räumen, welche für die Handhabung der Rechtspflege geeignet sind.

Die Justizverwaltung liegt grundsätzlich einer Verwaltungsbehörde d. h. dem Justizminister des betreffenden Bundesstaates und bezw. dem Reichsjustizamte ob. Ein Theil der Justizverwaltung ist aber richterlichen Beamten und dem Präsidium der Kollegialgerichte übertragen. Soweit ein richterlicher Beamter Justizverwaltungsgeschäfte zu erledigen hat, ist er zugleich Verwaltungsbeamter und also eine von den Anordnungen seiner Vorgesetzten abhängige Behörde. Das Reichsrecht enthält in dieser Beziehung nur wenige Bestimmungen (§§ 22, 61—68 G, 121, 133 GVG).

Nicht Justizverwaltung, sondern Finanzverwaltung ist diejenige Staatsthätigkeit, welche für Ansetzung und Einziehung der Gerichtsgebühren zu sorgen hat. Sie ist in den meisten Staaten Gerichtsbeamten übertragen, verliert aber dadurch nicht die Eigenschaft einer Finanzverwaltung.

Digitized by Google

B. Quellen und Literatur des Civilprozeßrechts.

§ 29. Die Rechtsquellen.

Die Quellen auch des gegenwärtigen Civilprozeßrechts sind Gesetz und Gewohnheit. Da das Prozeßrecht aber eine eingehende gesetzliche Regelung erfahren, überwiegt der Umfang und die praktische Bedeutung des Gesetzesrechtes jetzt so sehr,[1]) daß das Gewohnheitsrecht sich fast ausschließlich auf die sog. Usualinterpretation beschränkt.

Die gesetzlichen Vorschriften sind theils Reichsgesetze, theils Landesgesetze. Da aber nach Art. 4 Nr. 13 der Reichsverfassung die Gesetzgebung auf dem Gebiete des Civilprozeßrechts zur Zuständigkeit des Reiches gehört, haben die Landesgesetze nur auf Grund besonderer reichsgesetzlicher Vorbehalte Geltung behalten können. Diese Vorbehalte bilden die Ausnahme, grundsätzlich sind die prozeßrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze außer Kraft getreten (§§ 14, 15, 16 EG. z. CPO. §§ 4 EG. z. KO).

Die reichsgesetzlichen Quellen sind

1. das Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) vom 27. Januar 1877 nebst Einführungsgesetz von demselben Tage (EG z. GVG),
2. die Civilprozeßordnung (CPO) vom 30. Januar 1877 nebst Einführungsgesetz von demselben Tage (EG z. CPO),
3. die Konkursordnung (KO) vom 10. Februar 1877 nebst Einführungsgesetz von demselben Tage (EG z. KO).

Diese sechs Gesetze sind zusammen mit der Strafprozeßordnung vom 1. Februar 1877 und dem zu dieser erlassenen Einführungsgesetze (StPO u. EG z. StPO) am 1. Oktober 1879 in Kraft getreten. Sie alle zusammen werden unter der Bezeichnung „Reichsjustizgesetze" begriffen.

Nebengesetze und Ergänzungsgesetze bildeten folgende gleichfalls seit dem 1. Oktober 1879 in Kraft stehende Gesetze:

---

[1]) Anders im sogenannten gemeinen Civilprozeß, der zum großen Theile auf Gerichtsgebrauch beruhte.

Digitized by Google

4. die Rechtsanwaltsordnung vom 1. Juli 1878 (RAO),
5. das Gerichtskostengesetz vom 18. Juni 1878 (GKG),
6. die Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige vom 30. Juni 1878 (GO f. ZS),
7. die Gebührenordnung für Gerichtsvollzieher vom 24. Juni 1878 (GO f. GV),
8. die Gebührenordnung für Rechtsanwälte vom 7. Juli 1879 (GO f. RA),
9. Gesetz betr. den Sitz des Reichsgerichts vom 11. April 1877.

Mit diesen und den hierzu erlassenen Ausführungsgesetzen der einzelnen Bundesstaaten hatte die Justizreform ihren Abschluß gefunden. Doch sind später eine Anzahl Novellen erlassen worden, nämlich:

10. die Novelle zum Gerichtskostengesetz und zur Gebührenordnung für Gerichtsvollzieher vom 29. Juni 1881,
11. die Novelle zur Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige vom 11. Juni 1890,
12. das Gesetz vom 17. März 1886 (andere Fassung des § 137 GVG über die Plenarentscheidungen des Reichsgerichts),
13. das Gesetz vom 5. April 1888 betr. den Ausschluß der Oeffentlichkeit gerichtlicher Verhandlungen (§§ 173 ff GVG),
14. das Gesetz vom 30. April 1886 (Arrestvollziehung § 809 CPO),
15. das Gesetz vom 29. März 1897 (Lohnbeschlagnahme § 749 CPO),
16. die Gesetze vom 9. Mai 1894 (Abänderung einiger Bestimmungen der Konkursordnung).

Prozeßrecht enthalten ferner:

17. das Gesetz über die Konsulargerichtsbarkeit vom 10. Juli 1879,
18. das Gesetz über die Rechtsverhältnisse der deutschen Schutzgebiete vom 7. April 1886 und 15. März 1888,
19. das Gesetz betr. die Gewerbegerichte vom 29. Juli 1890.

Digitized by Google

Zahlreiche, andere Materien behandelnde Gesetze enthalten prozeßrechtliche Vorschriften. Dies gilt insbesondere vom Gesetz betr. die eingetragenen Genossenschaften vom 1. Mai 1889, vom HGB, vom Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20. April 1892, vom Börsengesetz vom 22. Juni 1896.

Die mit dem Erlaß des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) vom 18. August 1896 zusammenhängende Gesetzgebung hat eine erhebliche Vermehrung und Umgestaltung des Prozeßrechts zur Folge gehabt. Denn das Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung (ZvstG) vom 24. März 1897 enthält ausschließlich Prozeßrecht (aber auch Privatrecht) und ist nichts weiter als eine Ergänzung der CPO; ferner sind am 17. Mai 1898 verkündet worden:

1. ein Gesetz, betr. Aenderungen des Gerichtsverfassungsgesetzes und der Strafprozeßordnung,
2. ein Gesetz, betr. Aenderungen der Civilprozeßordnung und ein Einführungsgesetz hierzu,
3. ein Gesetz, betr. Aenderungen der Konkursordnung.

Durch Bekanntmachung vom 20. Mai 1898 sind das GVG, die CPO, die KO, die Kostengesetze und das Gesetz über die Anfechtung von Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner vom 21. Juli 1879 in der Gestalt bekannt gemacht worden, welche diese Gesetze durch die früheren Novellen und durch die Gesetze vom 17. Mai 1898 erhalten haben, und zwar unter fortlaufender Nummerfolge der Paragraphen. Es ist also künftig, wenigstens für die Uebergangszeit, eine besondere Aufmerksamkeit geboten, ob mit der Anführung eines Paragraphen jener Gesetze die frühere oder die alte Fassung gemeint ist. — Alle diese mit dem BGB zusammenhängenden Gesetze treten, wie dieses, am 1. Januar 1900 in Kraft.

§ 30. Die Literatur des deutschen Prozeßrechts.

Eine Besprechung der einzelnen Werke liegt nicht im Zwecke dieser Arbeit, selbst nur eine Aufzählung kann nicht erwartet werden.

1. Die systematische Bearbeitung des gesammten Prozeßrechts ist bisher nur selten unternommen worden und

Digitized by Google

scheint auch in den Kreisen der Leser nicht beliebt zu sein. Hervorgehoben sei:

Hellmann: Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts. München 1886 (enthält auch das Konkursrecht).

Planck: Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts. 1. Bd. 1887. 2. Bd. 1. Abth. 1891. 2. Abth. 1896 (enthält nicht auch den Konkurs), überall auf historischer Grundlage, unter besonderer Betonung des mittelalterlich-deutschen Rechts.

Schmidt: Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts. 1898 mit einer Ergänzung, betr. die Abänderung des deutschen Civilprozeßrechts nach den Novellen des Jahres 1898 (ohne Konkursrecht). Das Werk enthält auch einen Abriß der geschichtlichen Entwicklung des Civilprozesses auf 65 Seiten.

Fitting: Der Reichs-Civilprozeß, liegt schon in zahlreichen Auflagen vor, enthält jedoch nur eine systematische Zusammenstellung des Gesetzesinhalts. Das Konkursrecht ist von Fitting in derselben Weise behandelt worden.

Leider bisher unvollendet geblieben ist das groß angelegte Werk von Wach: Handbuch des deutschen Civilprozeßrechts. 1. Bd. 1885.

Für das Konkursrecht: Kohler: Lehrbuch des Konkursrechts. 1891. Seuffert: Deutsches Konkursprozeßrecht. 1899.

2. Die Zahl der Monographien und Abhandlungen ist groß. Der Aufnahme der letzteren dient vor allem die Zeitschrift für deutschen Civilprozeß (jetzt auch für die freiwillige Gerichtsbarkeit), begründet von Busch, jetzt herausgegeben von Vierhaus und Schultzenstein, ferner Rassow und Küntzels (früher Gruchots) Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, das Archiv für civilistische Praxis, die Juristische Wochenschrift und zahlreiche andere Zeitschriften.

3. Sehr zahlreich und ergiebig ist die exegetische oder Kommentarliteratur. Es sind vorhanden Kommentare von Struckmann und Koch, Wilmowsky und Levy, Förster, Gaupp und Stein, Petersen, Seuffert, v. Bülow, Reincke, Seuffert. Außerdem sind zahlreiche Handausgaben mit An-

Digitized by Google

merkungen vorhanden. Für den Konkurs Kommentare von Petersen-Kleinfeller und von Jäger (im Erscheinen begriffen).

4. Die Judikatur ist enthalten namentlich in den Entscheidungen des Reichsgerichts, des bayrischen obersten Landesgerichts, in Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte, in Rassow und Küntzels Beiträgen, in der Juristischen Wochenschrift und anderen Zeitschriften. Es besteht unter allen Juristen der lebhafte und sehr gerechtfertigte Wunsch, daß mit der Veröffentlichung von Entscheidungen ein wenig Maß gehalten würde.

Digitized by Google

Zweiter Haupttheil.

Der Prozeß.

I. Das Feststellungs- oder Erkenntnißverfahren.

A. Erster Abschnitt: Der Prozeßgang.

a) Die Ordnung des Verfahrens.

1. Die Reihenfolge der Prozeßhandlungen.

§ 31. Gliederung des Verfahrens.

Der einzelne Prozeß, als ein in die Sinne fallender historischer oder Lebensvorgang, bildet eine Aufeinanderfolge von Handlungen der Parteien und des Richters. Diese Handlungen bedingen und beeinflussen sich gegenseitig, sie alle streben einem und demselben Ziele zu, und ihre Reihenfolge steht in natürlicher Abhängigkeit von dem Zwecke ihrer Gesammtheit. Aus diesem Grunde gliedert sich das Prozeßverfahren von selbst in zwei Abschnitte: das Feststellungs- und das Vollstreckungsverfahren. Dies gilt von dem gegenwärtigen deutschen Prozeßverfahren um so mehr, als jeder dieser Abschnitte grundsätzlich vor ein anderes Rechtspflegeorgan gehört. Zwischen beiden Abschnitten liegt die urtheilsmäßige Feststellung des klägerischen Anspruches. Während die Zwangsvollstreckung der Befriedigung des festgestellten Anspruchs dient, bildet das Ziel des Feststellungsverfahrens das Urtheil.

Aus diesem Grunde ist (vgl. oben § 1 Nr. 4 S. 2) das gesammte Verfahren in Feststellungs- und Zwangsvollstreckungsverfahren geschieden worden. Da die Reihenfolge der Vollstreckungshandlungen im Ermessen des Gläubigers

Digitized by Google

steht, so ergiebt sich der Gang des Vollstreckungs-Verfahrens ohne weiteres aus dem besonderen Zwecke der ergriffenen Vollstreckungsmaßregel. Anders im Feststellungsverfahren. Hier muß vor allem zwischen Prozeßbegründung und Prozeßerledigung unterschieden werden.

Prozeßbegründung[1]) (oder Prozeßgründung) ist die Herstellung jenes dem öffentlichen Rechte angehörenden Rechtsverhältnisses, das ein bestimmtes Gericht berechtigt und verpflichtet, über den Klageanspruch zu entscheiden. Die Rechtsnatur dieses Verhältnisses mit seinen Voraussetzungen und Folgen wird im zweiten Abschnitte des zweiten Haupttheils dieses Werkes erörtert werden, für den Gang des Verfahrens kommt es insofern in Betracht, als seine Entstehung die unerläßliche Vorbedingung für alle weiteren Prozeßhandlungen und also auch für das Urtheil bildet, seine Begründung also nothwendig den Anfang des Prozesses bilden muß. Der Prozeßgründung folgt die Prozeßerledigung d. h. alle diejenigen Prozeßhandlungen, welche die Lösung des Prozeßrechtsverhältnisses bezwecken, und diese Lösung erfolgt durch das Urtheil.

Die CPO läßt den Prozeß in jedem Falle mit der Zustellung der Klageschrift oder des die Klage enthaltenden Gerichtsschreiberprotokolles an den Beklagten beginnen. Nur wenn der Beklagte eine sog. prozeßhindernde Einrede vorbringt und damit das Fehlen einer derjenigen Voraussetzungen rügt, von denen die Entstehung des Prozeßrechtsverhältnisses abhängt, entsteht ein der Prozeßgründung d. h. der Frage, ob mit jener Zustellung das Prozeßverhältniß begründet worden sei, ausschließlich gewidmeter Abschnitt des Verfahrens. Denn in diesem Falle hat das Gericht über die prozeßhindernde Einrede zu entscheiden (§§ 274, 275). Ist sie begründet, steht also fest, daß mit der Zustellung der Klage das Prozeßrechtsverhältniß nicht begründet worden ist, so ist die Klage abzuweisen, und zu einem weiteren Verfahren kann es nicht kommen. Wird die Einrede indeß vom Gericht verworfen, so ist mit der Zustellung der Klageschrift auch schon ein für die Stoffsammlung und also die Prozeßerledigung besonders wichtiger Schritt gethan: die Zustellung der Klageschrift hat also die doppelte Funktion der Prozeßbegründungs- und einer sehr be-

[1]) Nicht zu verwechseln mit Klagebegründung.

Digitized by Google

deutungsvollen Prozeßerledigungshandlung. In den weitaus meisten Fällen, in denjenigen nämlich, in welchen eine prozeßhindernde Einrede nicht erhoben wird, entwickelt sich ein den Prozeßvoraussetzungen gewidmeter Abschnitt des Verfahrens überhaupt nicht, und auch die eigentliche Prozeßverhandlung (die Prozeßerledigungsthätigkeit) zerfällt nach der CPO nicht in Abschnitte, es entfällt daher für das deutsche Prozeßrecht das gemeinrechtliche Präklusionsprinzip, denn dieses verträgt sich nicht mit dem Hauptgrundsatze des deutschen Civilprozesses, dem Mündlichkeitsprinzip. Nach diesem haben die Parteien den Prozeßstoff, den sie als Unterlage für das Urtheil verwerthet wissen wollen, dem Gericht mündlich vorzutragen (§ 128), und diesem Zwecke dient die mündliche Verhandlung.

Denn da das Gericht nach dem Mündlichkeitsprinzip nur den ihm in der mündlichen Verhandlung vorgetragenen Prozeßstoff kennen lernt und auch nur diesen Prozeßstoff berücksichtigt, so ist Urtheilsgrundlage auch nur das, was in der dem Urtheil unmittelbar vorangegangenen mündlichen Verhandlung vorgetragen worden ist. Die Folge ist, daß, wenngleich mehrere Verhandlungstermine stattgefunden haben, die mündliche Verhandlung dennoch eine einheitliche ist (§§ 278, 279, 283, 332 CPO).

In dieser Verhandlung werden nicht nur die von jeder Partei aufgestellten Behauptungen vorgetragen, sondern auch die etwa angeordneten Beweiserhebungen bewirkt (§§ 355, 358, 370 CPO), und wenn die Beweiserhebung ausnahmsweise durch einen beauftragten oder ersuchten Richter erfolgt, die Beweisergebnisse vorgetragen (§ 285). Aus diesem Grundsatze der Einheit der mündlichen Verhandlung folgt:

1. daß es innerhalb des Prozeßverfahrens keine Abschnitte geben kann, die einem bestimmten Zwecke dienen und einem anderen Zwecke als diesem nicht dienen dürfen; die CPO ist hierin in Gegensatz zum gemeinen Prozeßrecht getreten insofern, als es nach ihr nicht zwei getrennte Stadien des Verfahrens giebt, in deren einem nur Behauptungen und in deren anderem nur Beweise vorgebracht und die durch eine unwiderrufliche Entscheidung des Richters von einander gesondert würden; sie hat sich vielmehr dem Prinzipe der Beweisverbindung (häufiger Antecipation der Beweisantretung) angeschlossen, nach welchem jede Partei mit der Thatsachenbehauptung die

Digitized by Google

Beweisantretung zu verbinden d. h. für die aufgestellte Behauptung auch zugleich das Beweismittel anzugeben hat (§§ 282, 371, 373, 403, 420, 421, 428, 432, 451 CPO); verlangt das Gericht den Beweis einer streitig gebliebenen Behauptung, so ordnet es die Beweisführung nicht, wie nach gemeinem Recht, durch ein die erheblichen von den nicht erheblichen Thatsachen sonderndes Urtheil, sondern durch eine prozeßleitende Verfügung an (§§ 284, 358 CPO); kleidet sich diese Verfügung in die Form eines Beweisbeschlusses (§ 358), so erweckt sie zwar den Anschein einer das Verfahren in zwei Abschnitte sondernden „Cäsur", in Wahrheit aber bewirkt sie nur eine Vertagung der mündlichen Verhandlung und in Folge dessen eine Wiederholung der Verhandlung, nicht aber einen Prozeßabschnitt, denn nachdem die Beweisaufnahme stattgefunden, müssen auch alle Behauptungen von neuem vorgetrageu werden, deren Berücksichtigung die Parteien verlangen (§ 285);

2. daß eine Präklusion der Partei mit Angriffs- und Vertheidigungsmitteln erst durch den Erlaß des Urtheils herbeigeführt wird; es kann also bis zu diesem Zeitpunkte jede Partei in jedem Verhandlungstermine neue Behauptungen aufstellen und früher aufgestellte Behauptungen zurücknehmen, neue Beweismittel anführen und neue Beweiseinreden vorbringen (§§ 278, 280). Diese Zuläffigkeit neuen Vorbringens erleidet eine Beschränkung nur in dem Verbote der Klageändernng (§§ 264, 527). Ausnahmen bilden:

a) die prozeßhindernden Einreden. Diese sind, soweit sie überhaupt unter der Verfügungsmacht der Partei stehen, gleichzeitig und vor der Verhandlung zur Hauptsache vorzubringen (§ 274);

b) die nach rechtskräftiger Entscheidung etwa gegen den Anspruch selbst noch vorzubringenden Einreden. Diese sind im Wege der Klage geltend zu machen und in einer und derselben Klage zu vereinigen (§ 767; s. darüber in der Lehre von der Zwangsvollstreckung).

c) das Recht, die Verletzung von Prozeßvorschriften zu rügen. Dieses Recht geht verloren, wenn es nicht in der nächsten mündlichen Verhandlung ausgeübt worden ist (§ 295).

Der Mangel des Präklusionsprinzips und damit auch der Eventualmaxime, welche das gleichzeitige Vorbringen aller auf einen bestimmten Zweck gerichteten Behauptungen

Digitized by Google

und Beweismittel verlangte (auch Konzentrationsprinzip)[1]), bedroht den gegenwärtigen Prozeß mit der Gefahr einer das Gedächtniß des Richters übersteigenden, unübersichtlichen und verwirrend wirkenden Stoffanhäufung in den einzelnen Verhandlungsterminen und mit einer Verzögerung des ganzen Prozesses.

Der erstgenannten Gefahr (der Verwirrung) kann entgegengetreten werden:

a) durch Ausübung des Prozeßleitungsamtes des Gerichts. Das Gericht kann nämlich anordnen, daß mehrere in einer Klage erhobene Ansprüche oder daß die Klage und die mit dieser nicht im rechtlichen Zusammenhange stehende Widerklage in getrennten Prozessen verhandelt werden (§ 145), und es kann ferner anordnen, daß bei mehreren auf denselben Anspruch sich beziehenden selbstständigen Angriffs- oder Vertheidigungsmitteln (Klagegründen, Einreden, Repliken ꝛc.), die Verhandlung zunächst auf eines oder einige dieser Angriffs- oder Vertheidigungsmittel zu beschränken sei (§ 146);

b) durch Erlaß von Zwischenurtheilen, durch welche das Gericht über einzelne selbständige Angriffs- oder Vertheidigungsmittel entscheidet (§ 303), und indem es auf diese Weise schrittweise den Streitstoff einengt[2]).

Der zweitgenannten Gefahr (Verzögerung), wirkt von selbst der Umstand entgegen, daß jede Partei in jedem Verhandlungstermine mit der Möglichkeit rechnen muß, daß das Gericht das Endurtheil oder ein Zwischenurtheil erlassen und damit weiteres Vorbringen abschneiden kann. Dem Prozeßleitungsamte des Gerichts gehören ferner zwei Mittel an, durch welche es mißbräuchlicher Prozeßverzögerung entgegentreten kann, nämlich

a) die Strafgebühr (des § 48 GKG); wird nämlich durch schuldhaftes Verhalten einer Partei oder ihres Vertreters die Vertagung der mündlichen Verhandlung oder die Anberaumung eines Termines zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung oder durch nachträgliches Vorbringen von Angriffs- und Vertheidigungsmitteln, Beweismitteln oder

---

[1]) Vgl. Allgemeinen Theil. Bd. 1 S. 208 ff.

[2]) Ein Mittel, von dem die Gerichte viel zu selten Gebrauch machen.

Digitized by Google

Beweiseinreden, welche zeitiger hätten vorgebracht werden können, die Verzögerung des Rechtsstreits verursacht (RG 22, 429), so kann das Gericht der Partei eine erhöhte Gebühr[1]) oder besondere Gebühr auferlegen, welche diese Partei in jedem Falle zu tragen hat, mag sie obsiegen oder unterliegen; das Gericht kann ferner der obsiegenden Partei, welche nach freiem Ermessen des Gerichts im Stande gewesen wäre, das Angriffs- oder Vertheidigungsmittel, das der Partei zum Siege verhilft, zeitiger geltend zu machen, die Prozeßkosten ganz oder zum Theil auferlegen (§ 278 Abs. 2 CPO)[2]). Beide Mittel kann das Gericht von Amtswegen in Anwendung bringen;

b) die Zurückweisung von Vertheidigungsmitteln, die der Beklagte (**nicht** auch von Beweismitteln oder Beweiseinreden, die der Kläger oder der Beklagte) nachträglich vorbringt; ein Mittel, das von der Voraussetzung abhängt, daß die Zulassung jenes Vorbringens eine Verzögerung des Rechtsstreits verursachen würde, und das Gericht die Ueberzeugung hat, daß dem verspäteten Vorbringen die Absicht der Prozeßverschleppung oder grobe Nachlässigkeit zu Grunde liegt (§§ 279, 283 Abs. 2); aus denselben Gründen kann die Vernehmung neuer Zeugen, welche nach Erlassung eines Beweisbeschlusses für die in diesem bezeichneten Behauptungen benannt werden (374), oder ein Urkundenbeweis über die in einem Beweisbeschlusse angegebenen Behauptungen vom Gericht zurückgewiesen werden (§ 433). Bei der Anwendung dieser Mittel ist das Gericht an den Antrag der Gegenpartei gebunden. Endlich kann der Antrag auf eine nachträgliche Beweisaufnahme oder auf Vervollständigung der Beweisaufnahme zurückgewiesen werden, wenn das Verfahren verzögert werden würde und die Partei in dem Termine zur Beweisaufnahme trotz gehöriger Ladung (RG 6, 353) nicht erschienen war (§ 367).

Auch der Wechsel von Schriftsätzen (d. i. schriftlichen Mittheilungen einer Partei an die andere über das, was sie in der mündlichen Verhandlung vorzubringen gedenkt) bildet

---

[1]) Gegen einen die Strafe festsetzenden Beschluß einfache Beschwerde, der die Festsetzung ablehnende Beschluß ist unanfechtbar (§ 48 GKG. RG 32, 392).

[2]) Auch von diesem letzteren Mittel macht das Gericht zu selten Gebrauch.

Digitized by Google

nicht einen Abschnitt des Prozesses, denn von der Zustellung der Klageschrift, welche zugleich Prozeßgründungsakt ist, abgesehen, stellt sich der Wechsel von Schriftsätzen nur als ein unter den Parteien bestehender, die mündliche Verhandlung vorbereitender Verkehr, nicht aber als eine Prozeßhandlung dar. Der Schriftsatzwechsel ist daher auch, so nützlich er für den ungestörten Fortgang der mündlichen Verhandlung wirkt, vom Gesetze nicht vorgeschrieben, sondern dem Ermessen der Parteien überlassen (§ 129). Ein Abschnitt des Verfahrens kann jedoch entstehen, wenn das Gericht (nur ein Kollegialgericht § 508) ein vorbereitendes Verfahren anordnet. Ein solches Verfahren kann in Prozessen angeordnet werden, welche die Richtigkeit einer Rechnung, eine Vermögensauseinandersetzung oder ähnliche Verhältnisse zum Gegenstande haben und eine große Zahl von streitigen Ansprüchen oder von streitigen Erinnerungen gegen eine Rechnung oder gegen ein Inventar zur Entscheidung bringen. In diesem Falle findet

a) zunächst vor einem beauftragten Richter ein amtsgerichtliches Verfahren statt, in welchem das gesammte Streitverhältniß zu Protokoll festgestellt und durch welches für das weitere Verfahren eine nicht blos vorbereitende, sondern maßgebende schriftliche Grundlage geschaffen wird (§§ 350, 351, 354 CPO);

b) darauf folgt die mündliche Verhandlung, in welcher das Ergebniß des vorbereitenden Verfahrens vorgetragen und über die streitiggebliebenen Punkte verhandelt wird (§§ 352—354 CPO).

Die Anordnung eines vorbereitenden Verfahrens bildet jedoch die Ausnahme.

§ 32. Der regelmäßige Gang des Prozesses.

Obwohl thatsächlich viel mehr amtsgerichtliche als landgerichtliche Prozesse verhandelt werden, entwickelt die CPO ihre Grundsätze über das Verfahren am Landgerichtsprozeß (§§ 253 ff), und behandelt sie das Verfahren vor den Amtsgerichten als ein von jenen Grundsätzen abweichendes Verfahren. Diesem Gedanken folgend wird auch die vorliegende Darstellung vom Landgerichtsprozeß ausgehen.

Digitized by Google

A. Der Landgerichtsprozeß.

Für ihn gilt der Anwaltszwang (§ 78 CPO). Der Kläger muß also einen Rechtsanwalt bevollmächtigen oder, wenn er einen geneigten Anwalt nicht findet (§ 33 RAO) oder ihm das Armenrecht bewilligt ist, die Beiordnung eines Rechtsanwaltes beim Vorsitzenden des Prozeßgerichts erbitten (§ 115 Nr. 3 CPO). Der Rechtsanwalt faßt die Klageschrift ab und reicht sie beim Gerichtsschreiber des Prozeßgerichts ein (§§ 261, 216) und fügt eine für das Prozeßgericht bestimmte Abschrift der Klageschrift und ihrer Anlagen bei (§ 133). Der Gerichtsschreiber legt die Klageurschrift dem Vorsitzenden vor, und dieser bestimmt binnen 24 Stunden — seit Einreichung beim Gerichtsschreiber — den Termin zur mündlichen Verhandlung durch einen auf die Klageurschrift gesetzten Vermerk. Darauf wird dem klägerischen Rechtsanwalt die mit der Terminsbestimmung versehene Klageurschrift zurückgegeben und in seinem Auftrage dem Beklagten durch einen Gerichtsvollzieher in der Weise zugestellt, daß der Gerichtsvollzieher dem Beklagten eine vom klägerischen Rechtsanwalt beglaubigte Abschrift des Klageschriftsatzes nebst dem Terminsbestimmungsvermerk übergiebt (§ 170), eine Zustellungsurkunde aufnimmt (§ 190), und dem Beklagten eine Abschrift der Zustellungsurkunde einhändigt, die Urkunde selbst aber nebst der Klageurschrift dem Rechtsanwalt des Klägers übermittelt (§ 190).

Mit der Zustellung der Klage tritt beim Vorhandensein der Prozeßvoraussetzungen, die Rechtshängigkeit und damit das Prozeßrechtsverhältniß ein. Ferner aber beginnt mit ihr die Einlassungsfrist d. i. diejenige Frist, welche zwischen der Klagezustellung und der mündlichen Verhandlung liegt, zu laufen, der Vorsitzende muß daher bei Bestimmung des Termins darauf Rücksicht nehmen, daß diese Frist gewahrt werden kann, er soll aber auch den Termin nicht weiter herausrücken, als zur Wahrung der Frist nothwendig ist (§ 261). Die Einlassungsfrist, welche wenigstens zwei Wochen beträgt (§ 262), soll zum Wechsel der vorbereitenden Schriftsätze verwendet werden, damit jede Partei erfahre, welche Behauptungen die Gegenpartei vorbringen werde (§§ 272, 129).

Die mündliche Verhandlung (§ 273) vor dem erkennenden Gerichte wird vom Vorsitzenden eröffnet und geleitet; sie beginnt damit, daß die Anwälte die Anträge aus den

Digitized by Google

vorbereitenden Schriftsätzen verlesen (§ 297), und besteht darin, daß zunächst der Anwalt des Klägers und darauf der des Beklagten seinen Antrag durch Behauptungen und Beweisantretungen sowie etwa durch Rechtsausführungen begründet und daß diese Erörterung, welche auch in der Beantwortung von Fragen des Vorsitzenden oder der beisitzenden Richter bestehen kann, so lange fortgesetzt wird, bis die Anwälte oder das Gericht sie für erschöpft halten (§§ 136—140 CPO).

Das Ergebniß der mündlichen Verhandlung kann mannigfaltig sein. Ist eine oder sind beide Parteien nicht in der Lage, sich vollständig zu erklären, so wird regelmäßig auf Antrag oder von Amtswegen eine Vertagung der mündlichen Verhandlung erfolgen, in welchem Falle in dem neuen Termine von neuem begonnen werden muß; erleidet die Verhandlung nur eine Unterbrechung, so findet eine Fortsetzung der mündlichen Verhandlung statt (§§ 136, 228), in welchem Falle in dem neuen Termine da fortgefahren wird, wo die Verhandlung im vorigen Termine abgebrochen wurde. Haben sich die Parteien vollständig erklärt, so wird das Ergebniß der Verhandlung regelmäßig eine richterliche Entscheidung sein. Die Verkündung erfolgt entweder in dem Termine, in welchem die mündliche Verhandlung geschlossen wird, oder in einem sofort anzuberaumenden Termine, welcher nicht über eine Woche hinaus angesetzt werden soll (§§ 310, 329 Abs. 2). Wann die Berathung stattzufinden hat, welche der Fällung der Entscheidung vorangeht (s. oben § 6), hat das Gesetz nicht entschieden. Zweckmäßig schließt sie sich unmittelbar an die mündliche Verhandlung an, weil andernfalls die Vortheile der Mündlichkeit verloren gehen; sie kann aber auch später, vielleicht erst unmittelbar vor dem bei vielen Gerichten zur Regel gewordenen besonderen Verkündungstermine stattfinden. Kommt das Gericht zum Urtheil, so ist mit der Verkündung der Prozeß in dieser Instanz ganz oder zu dem von dem Urtheile betroffenen Theile des Prozeßstoffes zu Ende. Verlangt dagegen das Gericht den Beweis einer bestrittenen Behauptung, so kann es dieses Verlangen, falls die Beweisaufnahme (durch Vorlegung einer in den Händen des Anwalts befindlichen Urkunde, beim Prozeßgericht verwahrter oder sofort zu beschaffender Akten, durch Vernehmung eines an der Gerichtsstelle anwesenden Zeugen) sofort erfolgen kann, in formloser Weise ausdrücken und sofort zur Ausführung bringen, falls aber die Beweisaufnahme ein

Digitized by Google

„besonderes Verfahren" d. i. einen besonderen Termin vor einem beauftragten oder ersuchten Richter, vor einer ausländischen Behörde oder vor dem Prozeßgerichte (RG 10, 370) erfordert, durch einen Beweisbeschluß zum Ausdruck und in einem späteren Termine zur Ausführung bringen (§ 358 CPO).

Der in dieser oder jener Form zum Ausdruck gebrachte Willensentschluß des Gerichts wird nicht von den Parteien, sondern vom Gericht von Amtswegen zur Ausführung gebracht, und zwar

a) entweder dadurch, daß der Vorsitzende den beauftragten Richter bezeichnet und den von diesem abzuhaltenden Termin gleich bei der Verkündung des Beweisbeschlusses bestimmt (§ 361),

b) oder dadurch, daß der Vorsitzende an den ersuchten Richter das erforderliche Ersuchungsschreiben richtet (§ 362),

c) oder dadurch, daß der Vorsitzende die im Auslande befindliche zuständige Behörde um Aufnahme des Beweises ersucht (§ 363) oder daß das Gericht die Anordnung trifft, daß der Beweisführer das Ersuchungsschreiben selbst besorge und die Erledigung des Ersuchens betreibe (§ 364),

d) oder endlich dadurch, daß der Vorsitzende den Termin zur Beweisaufnahme vor dem Prozeßgerichte bestimmt (§ 370).

Zeugen und Sachverständige werden von Amtswegen vom Gerichtsschreiber des Prozeßgerichts oder des ersuchten Gerichts geladen (§§ 477, 302).

In welcher Reihenfolge die Beweisaufnahme selbst vor sich geht, richtet sich nach der Art des Beweismittels. Zeugen und Sachverständige werden geladen und, wenn sie im Termine erscheinen und nicht das Zeugniß verweigern (§§ 383—390), vor ihrer Vernehmung beeidigt. Zeugen können aus besonderen Gründen, namentlich wenn Bedenken gegen die Zulässigkeit der Beeidigung obwalten, also immer nur ausnahmsweise, nach der Vernehmung, Sachverständige aber stets nur vor Erstattung des Gutachtens beeidigt werden (§§ 391, 410). Unter Umständen unterbleibt die Vereidigung des Zeugen (§ 393), nicht aber die des Sachverständigen (§ 410 CPO. RG in S. A. 52 Nr. 256 u. Entsch. 20, 394). Sind mehrere Zeugen oder Sachverständige zu vernehmen, so ist jeder einzeln, wenngleich in Gegenwart der anderen, zu beeidigen. Darauf ist jeder Zeuge einzeln und in Ab-

Digitized by Google

wesenheit der später abzuhörenden Zeugen zu vernehmen (§ 394), doch können Zeugen, deren Aussagen sich widersprechen, einander gegenübergestellt werden (§ 394); dasselbe muß von Sachverständigen gelten (§ 403). Die Vernehmung beginnt mit Angabe der Personalien des Zeugen und erforderlichenfalls mit der Befragung über solche Umstände, welche seine Glaubwürdigkeit in der vorliegenden Sache betreffen, darauf hat der Zeuge das, was ihm von dem Gegenstande seiner Vernehmung bekannt ist, im Zusammenhange anzugeben, doch hat der Vorsitzende und mit Erlaubniß dieses jedes Mitglied des Gerichts das Recht, dem Zeugen (oder Sachverständigen) Fragen vorzulegen. Den Parteien selbst kann, ihren Anwälten muß vom Vorsitzenden gestattet werden, sich unmittelbar mit Fragen an den Zeugen zu wenden (§§ 395—397). — Beim Urkundenbeweise besteht die Beweisaufnahme darin, daß die dem Gegner und dem Gericht vorgelegte Urkunde von letzterem besehen und gelesen wird. Daran kann sich die Erörterung der Frage nach der Echtheit der Urkunde und eine besondere Beweisaufnahme über die bestrittene Echtheit anschließen (§§ 437—443). Hat das Gericht von einer im Besitze der Partei befindlichen Urkunde Kenntniß genommen, ist also die Beweisaufnahme beendet, so ist die Urkunde der Partei zurückzugeben; nur wenn die Echtheit der Urkunde bestritten oder wenn die Behauptung aufgestellt wird, daß der Inhalt der Urkunde verändert worden sei, ist die Urkunde auf der Gerichtsschreiberei zu verwahren oder an eine andere Behörde abzuliefern (§§ 142, 443). Hat, was ausnahmsweise gestattet ist (§ 434), die Beweisaufnahme vor einem ersuchten oder beauftragten Richter stattgefunden, so hat das Protokoll anzugeben, daß die Urkunde vorgelegt worden sei, es hat zugleich aber eine Abschrift der ganzen Urkunde oder der von den Parteien in Bezug genommenen Stellen dem Protokolle beizufügen oder einzuverleiben (vgl. § 362 CPO). — Macht eine Partei von dem Mittel der Eideszuschiebung Gebrauch, so hat sich der Gegner über Annahme oder Zurückschiebung des Eides zu erklären (§ 452). Verlangt dann das Gericht von der einen oder anderen Partei die Leistung des Eides, so hat es dieses sein Verlangen grundsätzlich durch ein bedingtes Urtheil auszusprechen (§ 460): das Gericht entscheidet also den Rechtsstreit unter dem Vorbehalt der Eidesleistung, es hat demnach in seinem Urtheil auseinanderzusetzen, daß es

Digitized by Google

nur auf die zu beschwörende Thatsache ankomme, daß also der Prozeß im Falle der Eidesleistung so und im Falle der Eidesweigerung so zu entscheiden sei (§ 462). Das Gericht hat dabei den Eid zu „normiren" d. h. den Inhalt des Eides wörtlich anzugeben. Die Leistung des Eides erfolgt erst nach Eintritt der Rechtskraft dieses bedingten Urtheils. Es hat deshalb diejenige Partei, welche den Prozeß betreibt, das Urtheil zustellen zu lassen und damit die Rechtsmittelfrist in Bewegung zu setzen, dann aber, wenn das Urtheil rechtskräftig geworden, den Gegner zur Eidesleistung und mündlichen Verhandlung vor das Prozeßgericht zu laden. In diesem Termine wird die Rechtskraft des bedingten Urtheils festgestellt und dann zur Abnahme des Eides geschritten. Erklärt der Rechtsanwalt der schwurpflichtigen Partei deren Bereitwilligkeit zur Eidesleistung, so kann das Gericht beschließen, ein anderes Gericht (Amtsgericht) um Abnahme des Eides zu ersuchen. In jedem Falle erläßt das Prozeßgericht das unbedingte Urtheil, sobald der Eid geleistet ist oder feststeht, daß er nicht geleistet wird (§§ 463—468), sobald also die in dem bedingten Urtheile aufgestellte Bedingung eingetreten oder ihr Nichteintritt festgestellt ist. — In gewissen Fällen kann das Gericht die Eidesleistung durch Beweisbeschluß anordnen (§ 461). Ist dies geschehen, so hat das Gericht die Erledigung seines Beschlusses von Amtswegen zu bewirken, d. h. es setzt Termin zur Eidesleistung und mündlichen Verhandlung an (§ 370) oder es beschließt, daß der Eid durch einen ersuchten oder beauftragten Richter oder im Auslande abgenommen werde. Betreffs des Prozeßganges unterscheidet sich der Fall, daß bedingtes Endurtheil (oder bedingtes Zwischenurtheil), von dem Falle, daß ein Beweisbeschluß erlassen wird, dadurch, daß dort durch das Urtheil weiteres Parteivorbringen ausgeschlossen, hier aber noch ferner möglich ist.

Ist die Beweisaufnahme beendet, so sorgt das Gericht wiederum von Amtswegen für den Fortgang des Verfahrens. Hat der Beweisbeschluß die Beweisaufnahme vor einem beauftragten oder ersuchten Richter angeordnet, so kann zugleich Termin zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung bestimmt werden (§ 370). Dieses Recht zu üben muß aber als nobile officium des Gerichts angesehen werden, da es damit Zeit und Kosten erspart und einen Druck auf den beauftragten oder ersuchten Richter ausübt. Das Gericht kann

Digitized by Google

von seiner Befugniß aber dann keinen Gebrauch machen, wenn die angeordnete Beweisaufnahme voraussichtlich mit einem größeren Zeitaufwande oder mit Schwierigkeiten verknüpft ist. In diesem Falle wird der Termin erst angesetzt und den Parteien bekannt gemacht, wenn der beauftragte Richter die Beweisverhandlungen dem Vorsitzenden vorlegt oder der ersuchte Richter sie dem Gerichtsschreiber des Prozeßgerichts übersendet hat (§§ 370, 362).

Dieser Termin ist, wie das Gesetz sich ausdrückt (§ 370), zur „Fortsetzung der mündlichen Verhandlung" bestimmt. Der Erlaß eines Beweisbeschlusses bildet also nur einen Abbruch der Verhandlung. Hat demnach ein Wechsel im Richterpersonal nicht stattgefunden und bedürfen die Richter nicht einer Wiederholung des Vortrags, so besteht für die Anwälte kein Zwang, nochmals ihre Anträge zu verlesen[1]) und ihr gesammtes früheres Vorbringen zu wiederholen. Vielmehr kann, wenn die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht stattfindet, sofort mit der Beweisaufnahme begonnen und nach deren Beendigung ihr Ergebniß zum Gegenstande der weiteren Verhandlung gemacht (§ 285), und wenn die Beweisaufnahme nicht vor dem Prozeßgerichte stattgefunden hatte, zunächst das Ergebniß dieser Beweisaufnahme vorgetragen, und in jedem Falle *hierbei* das Streitverhältniß dargelegt werden (§ 285). Hat aber ein Wechsel in den Personen der Richter stattgefunden oder erklärt auch nur einer von ihnen, daß er sich der früheren Verhandlung nicht mehr erinnere, so *muß* die Verhandlung erneuert und also mit der Verlesung der Anträge begonnen und vor der Beweisaufnahme oder dem Vortrage des Ergebnisses der Beweisaufnahme wenigstens so viel vorgetragen werden, daß alle Richter in die Lage kommen, die Beweisaufnahme zu verstehen.[2]) In diesem Termine können neue Behauptungen und Beweisantretungen vorgebracht, es kann eine Ergänzung der Beweisaufnahme beschlossen oder eine neue Beweisauf-

[1]) Es ist aber üblich.

[2]) Das allerverkehrteste, aber am häufigsten beobachtete Verfahren ist das, daß der Vorsitzende sofort mit einer Beweisaufnahme beginnt, die von den beisitzenden Richtern nicht verstanden werden kann, weil sie das Sachverhältniß nicht kennen, und daß er dann die Anwälte über das Ergebniß dieser Beweisaufnahme verhandeln läßt. Im besten Falle können hier die Richter vermuthen, worum es sich wohl handeln mag.

Digitized by Google

nahme angeordnet werden. Je mehr Beweisaufnahmen und je mehr also auch Verhandlungstermine stattfinden, desto mehr gehen die Vorzüge der Unmittelbarkeit des Verfahrens verloren, es folgt hieraus für die Anwälte das Gebot, dem Gericht gleich im ersten Verhandlungstermine das Sachverhältniß so vollständig als möglich vorzutragen, und für die Gerichte das Gebot, im Falle der Nothwendigkeit einer Beweisaufnahme diese auch sogleich auf alle Punkte zu erstrecken, die für die Entscheidung erheblich sind.

Ist der Rechtsstreit zur Entscheidung reif, so wird das Urtheil erlassen, es kann das ein Theilurtheil oder auch das Schlußurtheil sein (§§ 300, 301). Mit der Verkündung des Urtheils ist die Thätigkeit des erkennenden Gerichts nach außen beendet. Das Urtheil ist aber auch schriftlich abzufassen und von den Richtern, welche bei der Entscheidung mitgewirkt haben, zu unterschreiben (§ 315). Erfolgt die Verkündung des Urtheils in einem besonderen (sog. Verkündungs-) Termine, so kann es, wenn zwischen der Berathung und der Verkündung ein angemessener Zeitraum liegt, bei der Verkündung schon vollständig abgefaßt (dazu gehört die Unterschrift) vorliegen, und es geschieht dies auch regelmäßig, wenngleich eine gesetzliche Vorschrift dazu nicht zwingt; ist das Urtheil zu dieser Zeit noch nicht abgefaßt, so ist es vor Ablauf einer Woche von der Verkündung ab vollständig abgefaßt (also auch von allen Richtern unterschrieben) dem Gerichtsschreiber zu übergeben. An die Versäumung der Frist sind zwar Rechtsnachtheile irgend welcher Art nicht geknüpft, die Vorschrift ist daher nur instruktionell, aber ihre Befolgung unbedingt geboten, weil nur unmittelbar nach der Verhandlung die Erinnerung an das Gehörte noch lebendig ist und also nur bei sofortiger Abfassung des Urtheils der nach der CPO besonders wichtige Thatbestand des Urtheils richtig und vollständig wiedergegeben und das peinliche Thatbestandsberichtigungsverfahren vermieden werden kann (§§ 315, 314, 320).

Der Gerichtsschreiber hat auf dem Urtheil den Tag der Verkündung zu bemerken und diesen Vermerk zu unterschreiben (§ 315 Abs. 3), alsdann aber die bekundeten und unterschriebenen Urtheile in ein Verzeichniß zu bringen und dieses Verzeichniß auf die Dauer einer Woche auszuhängen (§ 316), damit die Parteien das Urtheil lesen können (§ 299).

Digitized by Google

Eine Zustellung des Urtheils auf Anordnung des Gerichts erfolgt gewöhnlich nicht (Ausnahmen §§ 625, 640). Die Zustellung des Urtheils ist aber erforderlich, wenn ein Urtheil, das durch ein Rechtsmittel oder durch Einspruch angefochten werden kann, die Rechtskraft erlangen oder wenn es durch Einspruch angefochten werden soll (§§ 705, 516, 552, 577, 339). Denn nur durch die Zustellung des Urtheils wird diejenige Nothfrist in Lauf gesetzt, innerhalb welcher die Anfechtung erfolgen kann und mit deren Ablauf die Rechtskraft eintritt. Die Zustellung des Urtheils erfolgt jedoch auf Betreiben der Partei (§ 317). Es hat daher diejenige Partei, welcher daran liegt, daß zugestellt werde, beim Gerichtsschreiber des Prozeßgerichts die Ertheilung einer Ausfertigung des Urtheils zu beantragen und diese Ausfertigung alsdann durch einen Gerichtsvollzieher zustellen zu lassen.

Gegen das landgerichtliche Urtheil kann Berufung eingelegt werden; und zwar geschieht dies durch Zustellung eines Schriftsatzes (§ 518). Dieser Schriftsatz muß von einem beim zuständigen Oberlandesgericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein und die Ladung des Gegners (des Berufungsbeklagten) vor das Oberlandesgericht sowie die an den Berufungsbeklagten gerichtete Aufforderung enthalten, einen bei diesem Gerichte zugelassenen Rechtsanwalt zu bestellen (§§ 518, 519, 78). Die Zustellung erfolgt an den Rechtsanwalt, welcher als Prozeßbevollmächtigter des Gegners beim Landgericht aufgetreten war; hat der Gegner aber schon einen beim Oberlandesgericht zugelassenen Rechtsanwalt zum Prozeßbevollmächtigten bestellt, so kann die Zustellung an diesen erfolgen (§ 179).

Die Berufungsschrift wird hiernach behandelt wie die Klageschrift: sie wird dem Gerichtsschreiber des OLG übergeben nebst einer für das Gericht und einer für den Gegner bestimmten Abschrift. Der Gerichtsschreiber legt den Schriftsatz dem Vorsitzenden des betreffenden Civilsenates vor, ersucht den Gerichtsschreiber des LG um Uebersendung der Prozeßakten und giebt nach der durch den Vorsitzenden erfolgten Terminsbestimmung dem Anwalt des Berufungsklägers die Urschrift und die eine Abschrift der Berufungsschrift zurück, worauf dieser die Zustellung bewirken läßt. Zur Erleichterung der Terminsbestimmung dient die gleichzeitige Miteinreichung einer Ausfertigung oder Abschrift des angefochtenen Urtheils,

Digitized by Google

denn da zur Zeit der Terminsbestimmung dem Vorsitzenden die Akten noch nicht vorliegen, kann er sich über Umfang und Bedeutung der Sache nur aus der eingereichten Urtheilsabschrift unterrichten. Im Interesse der Beschleunigung des Verfahrens liegt die Verbindung der Berufungsanträge mit der Berufungsschrift, nothwendig aber ist diese Verbindung nicht (§§ 518—520, 544).

Die Zustellung der Berufungsschrift kann mit der Zustellung des angefochtenen Urtheils verbunden werden, aber nicht früher als die Urtheilszustellung erfolgen (§ 516).

Das weitere Verfahren in der Berufungsinstanz richtet sich nach den Grundsätzen, welche für das erstinstanzliche Verfahren gelten (§ 520, 523). Mit der Verkündung des vom OLG erlassenen Endurtheils ist das Verfahren in dieser Instanz beendet. Die Urschrift des Berufungsurtheils bleibt beim Berufungsgericht, eine beglaubigte Abschrift kommt zu den Akten, diese aber gehen an das Landgericht zurück (§ 544).

Die meisten Urtheile des OLG können durch das Rechtsmittel der Revision nicht angefochten werden (§§ 545—547), gleichwohl tritt ihre Rechtskraft überall da, wo die Revision an sich zulässig ist, erst mit Ablauf der Revisionsfrist ein, weil nur das Reichsgericht über die Frage, ob im gegebenen Falle eine Beschränkung der Revision gegeben ist, entscheidet, (RG 6, 380; 8, 356); was oben über die Nothwendigkeit einer Zustellung des landgerichtlichen Urtheils gesagt ist, gilt also auch für die Urtheile des OLG.

Die Einlegung des Rechtsmittels der Revision erfolgt mittels Zustellung eines Schriftsatzes, und auch im übrigen kommen die für das Verfahren in der Berufungsinstanz geltenden Grundsätze für das Verfahren in der Revisionsinstanz zur Anwendung.

Das hier beschriebene Verfahren ist das sog. kontradiktorische d. i. dasjenige, bei welchem beide Parteien in der mündlichen Verhandlung entgegengesetzte Anträge stellen und also mit einander streiten. Bleibt eine Partei aus oder unterläßt sie in der Verhandlung die Abgabe von Erklärungen, so tritt auf Antrag der anderen Partei das Versäumnißverfahren ein. Ist der Kläger säumig, so hat das Gericht diejenigen Prozeßvoraussetzungen zu prüfen, welche es von Amtswegen berücksichtigen muß, und, wenn diese gegeben sind, den Kläger mit seiner Klage soweit ab-

Digitized by Google

zuweisen als der Beklagte es verlangt (§ 330). Ist der Beklagte säumig, so sind die oben bezeichneten Prozeßvoraussetzungen und die rechtzeitig erfolgte Zustellung der Klage, und tritt die Säumniß in einem späteren Termine ein, die gehörig erfolgte Ladung des Beklagten zu diesem Termine festzustellen (§§ 334, 261, 214, 218); dies geschieht durch Vorlegung der Ladung nebst der dazu gehörigen Zustellungsurkunde oder durch die Feststellung, daß der Termin verkündet worden ist. Die Versäumnißfolge beim Ausbleiben des Beklagten ist aber nur die, daß die vom Kläger *vorgetragenen* und dem Beklagten rechtzeitig angekündigten Behauptungen als zugestanden gelten (§§ 331, 335). Es muß also Parteivortrag und richterliche Prüfung des Inhalts dieses Vortrages erfolgen; nur wenn diese Prüfung ergiebt, daß die behaupteten Thatsachen den Klageantrag rechtfertigen, wird nach dem Klageantrage erkannt. Aehnlich gestaltet sich das Versäumnißverfahren in den höheren Instanzen.

B. Das Verfahren vor dem Amtsgericht.

Für den amtsgerichtlichen Prozeß gilt der Anwaltszwang nicht, aber das Gesetz begünstigt die Bestellung von Rechtsanwälten als Prozeßbevollmächtigten, indem es der mit dem Armenrecht ausgestatteten Partei die Befugniß beilegt, die Beiordnung eines Rechtsanwalts auch für das amtsgerichtliche Verfahren zu verlangen (§ 34 RAO), und indem es die unterliegende Partei verpflichtet, der obsiegenden Partei die Rechtsanwaltskosten auch dann zu erstatten, wenn die Annahme eines Rechtsanwalts nicht geboten war (§ 91 CPO). Da die Partei selbst auftreten kann, nennt man den amtsgerichtlichen Prozeß zuweilen ungenau *Parteiprozeß*.

Die CPO gestattet deshalb, daß die Klage bei dem Gericht schriftlich eingereicht oder vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werde. Der Amtsrichter bestimmt den Termin zur mündlichen Verhandlung durch einen Vermerk auf der Klageschrift oder dem Protokolle (§§ 496, 216), worauf der *Gerichtsschreiber* für die Zustellung in der Weise Sorge trägt, daß er einen Gerichtsvollzieher mit der Zustellung beauftragt oder unmittelbar die Post ersucht, die Zustellung durch einen Postboten zu bewirken (§§ 497, 168, 196). Die Beglaubigung der Abschriften erfolgt durch den Gerichts-

Digitized by Google

schreiber. Ist die Zustellung durch einen Gerichtsvollzieher geschehen, so übermittelt dieser die Urschrift des zugestellten Schriftstückes und die Zustellungsurkunde dem Kläger, hat sich der Gerichtsschreiber aber unmittelbar an die Post gewendet, so sendet die Post jene Urkunden an den Gerichtsschreiber, und dieser übermittelt sie dem Kläger (§§ 196, 194, 195, 190). Die Uebermittelung ist keine Zustellung, sondern eine formlose Uebergabe. Die Zustellung auf Betreiben der Partei (wie im Landgerichtsprozeß) ist hier die Ausnahme und geschieht nur, wenn der Kläger in der Klageschrift oder dem Protokolle erklärt hatte, die Zustellung selbst besorgen zu wollen (§ 497).

Bei der Terminsbestimmung ist auch hier auf Wahrung der Einlassungsfrist Bedacht zu nehmen. Sie beträgt mindestens drei Tage, wenn die Zustellung der Klage im Bezirke des Amtsgerichts, mindestens eine Woche, wenn sie außerhalb dieses Bezirkes, aber innerhalb des Deutschen Reiches erfolgt (§ 498).[1]) Doch ist eine Abkürzung möglich (§ 226).

Die mündliche Verhandlung kann durch Schriftsätze wie durch Gerichtsschreiberprotokolle vorbereitet werden; diese können (durch Vermittlung des Gerichtsschreibers) zugestellt oder formlos übermittelt werden (§ 502).

Die mündliche Verhandlung ist formlos, sie wird nicht durch Verlesung der Anträge begonnen (§§ 508, 297), denn entweder sind dem Richter und den Parteien die schriftlich gestellten Anträge bekannt, oder der Richter wirkt selbst erst in der mündlichen Verhandlung auf die Stellung sachdienlicher Anträge hin (§ 503); thatsächlich besteht die mündliche Verhandlung in sehr zahlreichen Fällen darin, daß der Richter durch Fragen den Parteivortrag gewissermaßen herauszieht.

Abweichend ist die Behandlung der prozeßhindernden Einreden. Denn während für diese im landgerichtlichen Prozesse grundsätzlich das Präklusionsprinzip gilt (§ 274), wird der Beklagte im amtsgerichtlichen Verfahren nur mit der Unzuständigkeitseinrede ausgeschlossen, wenn er sie nicht vor der Verhandlung zur Hauptsache vorbringt. Ist das Amts-

[1]) Meß- und Marktsachen 24 Stunden. Bei Zustellung im Auslande Bestimmung der Einlassungsfrist durch den Richter.

Digitized by Google

gericht sachlich unzuständig, so hat der Richter sogar die Pflicht, den Beklagten hierauf aufmerksam zu machen (§ 504). Besteht aber für die Sache bei einem anderen Gericht ein ausschließlicher Gerichtsstand, so ist, falls dies nicht schon durch Verweigerung der Terminsbestimmung zur Geltung gekommen ist, der Kläger abzuweisen, wenn er nicht gewillt ist, die Klage zurückzunehmen, auch wenn der Beklagte die Einrede der Unzuständigkeit nicht erhoben hat oder in der mündlichen Verhandlung gar nicht erschienen ist (§§ 38 bis 40 CPO). Endlich darf im amtsgerichtlichen Verfahren auf Grund einer prozeßhindernden Einrede die Verhandlung zur Hauptsache nicht verweigert werden (§ 504).

Das Urtheil wird auf Veranlassung der Partei, doch regelmäßig unter Vermittelung des Gerichtsschreibers zugestellt (§ 168).

Das Urtheil des Amtsrichters kann im Wege der Berufung angefochten werden. Ueber die Einlegung der Berufung gilt dasselbe, was von der Berufung gegen landgerichtliche Urtheile gesagt worden ist. Die Berufung aber bringt den Rechtsstreit vor das Landgericht, und damit tritt Anwaltszwang ein (§ 78).

§ 33. Abweichendes Verfahren.

Im vorigen Paragraphen ist das Verfahren dargestellt worden in seinem gewöhnlichen, regelmäßigen Gange. Abweichungen können herbeigeführt werden durch richterliche Anordnung und durch Gesetz. Hier ist nur von den ersteren die Rede.

Durch richterlichen Beschluß kann vor Allem in sog. Punktensachen ein *vorbereitendes Verfahren* angeordnet werden. Ein solches ist nur zulässig, wenn der Rechtsstreit bei einem Kollegialgericht (außer beim Reichsgericht) anhängig ist. In diesem Falle sind die Prozeßhandlungen, welche den Prozeß einleiten, dieselben wie bei jedem anderen Prozesse, und es kommt zur mündlichen Verhandlung wie sonst. In dieser werden die etwa vorzubringenden prozeßhindernden Einreden erledigt (§ 277), außerdem bildet sie das einzige Mittel, dem erkennenden Gerichte diejenige Kenntniß des Streitverhältnisses zu verschaffen, welche zum Erlaß jenes Beschlusses nothwendig ist. Auf Grund des Beschlusses sondert sich der Prozeß in zwei Abschnitte, einen amtsgerichtlichen und

Digitized by Google

einen landgerichtlichen. Jener erste findet vor einem beauftragten Richter statt und ist also frei vom Anwaltszwange (§ 78 Abs. 2). Er dient, wie dies oben S. 81 erörtert ist, der Feststellung des Streitstandes. Gegenstand des landgerichtlichen Verfahrensabschnittes sind die streitig gebliebenen Punkte, aber auch diese nur nach Maßgabe der zum Protokoll des beauftragten Richters festgestellten Erklärungen (§§ 350, 354). Das Urtheil oder ein Beweisbeschluß kann nur auf Grund der nach Beendigung des vorbereitenden Verfahrens vor dem Landgericht stattgehabten mündlichen Verhandlung erlassen werden. Diese wird von Amtswegen angeordnet, sobald der beauftragte Richter das vorbereitende Verfahren geschlossen und die Verhandlungen dem Vorsitzenden vorgelegt hat (§ 352).

Der Entschluß des Gerichts, über ein einzelnes selbständiges Angriffs- oder Vertheidigungsmittel durch Zwischenurtheil zu entscheiden, begründet eine Abweichung vom regelmäßigen Gange des Verfahrens nicht. Das Zwischenurtheil bewirkt nur, daß über denjenigen Prozeßstoff, den es erledigt, in derselben Instanz keine Verhandlung mehr stattfindet. Denn es ist nicht selbständig anfechtbar (§§ 303, 511, 512), es muß also erst der gesammte Prozeßstoff erledigt und das Endurtheil erlassen sein, bevor ein Rechtsmittel eingelegt werden kann. Es giebt aber Zwischenurtheile, die selbständig anfechtbar sind („in Betreff der Rechtsmittel als Endurtheil anzusehen sind". §§ 275, 304). Wird gegen ein solches Berufung oder Revision eingelegt, so kann es geschehen, daß der Rechtsstreit im übrigen auf Grund einer Anordnung des Gerichts in der unteren Instanz weiterverhandelt wird. Eine solche Anordnung kann mißliche Folgen haben. Denn wird zur Hauptsache weiterverhandelt und ein Endurtheil erlassen, hierauf aber jenes Zwischenurtheil in einer höheren Instanz aufgehoben, so wird das über die Hauptsache erlassene Endurtheil ohne weiteres hinfällig (RG 5, 425; 15, 348).[1]) Das Gericht wird also mit der Anordnung, daß zur Hauptsache zu verhandeln sei, sehr vorsichtig sein oder ein Endurtheil nur erlassen dürfen, wenn das Zwischenurtheil rechtskräftig geworden ist.

[1]) Einen Unterschied zwischen kontradiktorischen und Versäumnißurtheilen zu machen, wie RG 14, 343 u. A. wollen, liegt kein Grund vor. Wie hier auch Planck 2 S. 137 u. A.

Digitized by Google

Wird ein Theilurtheil erlassen, so kann der Rechtsstreit durch ein gegen dieses Urtheil eingelegtes Rechtsmittel in die höhere Instanz kommen, soweit es aber den noch nicht erledigten Theil des Rechtsstreites betrifft, in der unteren Instanz verbleiben (§§ 301, 511, 545). Es muß in solchem Falle durch zweckentsprechende Terminsbestimmung eine Kollision der Verhandlungen beider Instanzen vermieden werden.

Verwickelter wird das Verfahren, wenn die eine Partei gegen ein Urtheil ein Rechtsmittel, die andere Partei gegen dasselbe Urtheil den Einspruch einlegt. Es kann dies dann geschehen, wenn beim Ausbleiben des Beklagten die Klage zum Theil abgewiesen, der Beklagte betreffs des anderen Theiles verurtheilt wird. Denn in diesem Falle werden zwei Theilurtheile zusammengefaßt, von denen das klageabweisende nur mit der Berufung, das verurtheilende nur mittels Einspruches angefochten werden kann (RG 15, 391 u. JW 1896 S. 637) [1]); die Berufung bringt den Rechtsstreit, soweit er den abgewiesenen Theil der Klage betrifft, in die höhere, der Einspruch beläßt den Rechtsstreit, soweit er den zugesprochenen Theil der Klage betrifft, in der ersten Instanz. Da hier Kollisionen unvermeidlich sind, hat das Berufungsgericht die Verhandlung bis zur Erledigung des Einspruches zu vertagen (§ 524, vgl. jedoch § 718).

Werden durch das Urtheil erster Instanz Vertheidigungsmittel des Beklagten zurückgewiesen, weil sie verspätet vorgebracht sind, so ist der Beklagte in der Lage, sie noch in zweiter Instanz anzubringen (§§ 279, 529). Macht aber das Berufungsgericht von dieser Befugniß Gebrauch, so hat es die Geltendmachung der zurückgewiesenen Vertheidigungsmittel dem Beklagten vorzubehalten (§ 540). Das Vorbehaltsurtheil ist hinsichtlich seiner Anfechtbarkeit ein Endurtheil, unterliegt also beim Vorhandensein ihrer sonstigen Voraussetzungen der Revision. Will der Beklagte von dem Vorbehalte Gebrauch machen, so hat er den Gegner zur mündlichen Verhandlung vor das Berufungsgericht zu laden; die Verhandlung beschränkt sich insofern auf das vorbehaltene Vertheidigungsmittel, als der Beklagte nur dieses (RG 10, 407), andere selbst dann nicht geltend machen kann, wenn sie erst nachträglich entstanden oder bekannt geworden sind (vgl. § 767); es ist aber auch über die

[1]) Nicht unbestritten.

Digitized by Google

Erheblichkeit des Vertheidigungsmittels durch das Vorbehaltsurtheil schon entschieden, denn hätte das Gericht das Vorbringen für unerheblich gehalten, so hätte es dies ausgesprochen und nicht den Vorbehalt erklärt; es handelt sich also nur um den Beweis des verspäteten Vorbringens. Gelingt der Beweis, so ist das frühere Urtheil aufzuheben und die Klage abzuweisen, auch wenn jenes Urtheil bereits rechtskräftig war. Denn der Eintritt der Rechtskraft hat nur den Ausschluß der Revision zur Folge. Vor Eintritt der Rechtskraft kann also der Beklagte Revision einlegen und den Vorbehalt geltend machen (§ 541). Also auch in diesem Falle wird der Rechtsstreit in zwei Instanzen verhandelt, eine Folge, die sich vermeiden läßt, wenn das Berufungsgericht die Verhandlung vertagt.[1])

§ 34. Die besonderen Prozeßarten.

Kraft Gesetzes findet eine Abweichung von dem regelmäßigen Gange des Verfahrens in denjenigen Fällen statt, in denen der Gegenstand des Rechtsstreits oder der besondere Zweck der richterlichen Thätigkeit eine Abweichung von den Grundsätzen des ordentlichen Prozesses oder von den Prozeßgrundsätzen überhaupt erfordert. Bekanntlich erkannte das gemeine Civilprozeßrecht ein Bedürfniß nach beschleunigter Feststellung des Klageanspruches an und bildete aus diesem Grunde sog. „summarische" Kognitionen aus.[2]) Die CPO ist ihm hierin nicht gefolgt. Man war der Meinung, daß das mündliche Verfahren mit der beinahe unbegrenzten Ueberlassung des Prozeßbetriebes an die Parteien von selbst eine rasche Erledigung des Prozesses herbeiführen müsse. Ueberdies war dem Gericht die Macht eingeräumt, durch Abkürzung der Fristen seinerseits das Mögliche zu baldiger Abwicklung eines besonderer Beschleunigung bedürfenden Prozesses zu thun. Es giebt deshalb kein gesetzlich normirtes abgekürztes Prozeßverfahren. Wohl aber hat die CPO gleich dem gemeinen Prozeßrechte ein Bedürfniß anerkannt, in zahlreichen Fällen, in denen es sich um einfache klare Ansprüche handelt, dem Gläubiger die Möglichkeit der Zwangsvollstreckung früher zu verschaffen als er sie auf dem Wege des

[1]) Mißlingt der Beweis, so ist das vorbehaltene Vertheidigungsmittel durch Endurtheil zu verwerfen.

[2]) Vgl. Band 2, Heft 3 S. 168 ff.

Digitized by Google

ordentlichen Prozeßverfahrens erreichen würde. Diesem Zwecke dient der Urkunden- und Wechselprozeß, die Zulassung der Zwangsvollstreckung aus sog. vollstreckbaren Urkunden, insbesondere aber die bequeme Form des Mahnverfahrens. Gleichfalls in Uebereinstimmung mit dem bisherigen gewährt das jetzige Prozeßrecht dem Berechtigten die Möglichkeit, durch einen richterlichen Eingriff sich den gefährdeten Erfolg einer zur Zeit noch nicht zulässigen Zwangsvollstreckung zu sichern. Diesem Zwecke diente früher der Arrestprozeß, jetzt das Arrestverfahren (im weiteren Sinne).

Weiter ausgebildet hat das jetzige Prozeßrecht das Aufgebotsverfahren, und es hat endlich für diejenigen Fälle, in denen den streitenden Parteien die Freiheit der Verfügung über das den Gegenstand der richterlichen Kognition bildende Rechtsverhältniß fehlt, ein von der Dispositionsmaxime befreites Verfahren ausgebildet. Ein solches Verfahren kommt in Ehesachen, bei Streitigkeiten, welche die Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern betreffen (sog. Filiationssachen) und in Entmündigungssachen zur Anwendung.

Für alle diese sehr verschiedenartigen Prozedurformen, zu denen noch das in das Zwangsvollstreckungsverfahren einzureihende Konkursverfahren gehört, hat die CPO keine gemeinsame Bezeichnung, setzt sie aber an mehreren Stellen (§§ 596, 600, 689 CPO, so ferner § 33 GKG, § 28 GO f. RA, § 146 KO) in Gegensatz zum ordentlichen Verfahren, so daß sie unter dem Namen außerordentliche oder besondere Verfahrensarten zusammengefaßt werden dürfen.

Ihre Abweichungen unter einander sind wieder so mannigfaltig, daß sie hier, wo es sich nur um den Gang des Verfahrens handelt, nach dem Gesichtspunkt einer mehr oder minder großen Abweichung von dem Gange des ordentlichen Prozesses eingetheilt werden müssen.

§ 35. Prozesse mit abweichendem Verfahrensgange.

Unwesentliche Abweichungen enthält der Prozeß in Ehe- und Filiationssachen sowie der Urkunden- und Wechselprozeß. Denn in allen diesen Fällen wird ein dem Privat-

Digitized by Google

recht angehörender Anspruch geltend gemacht und bildet das richterliche Urtheil das Ziel des Prozesses. Das Verfahren bewegt sich daher im wesentlichen in den Formen des ordentlichen Prozesses.

I. der Eheprozeß (§§ 606 ff) hat zunächst die Eigenthümlichkeit, daß die Staatsanwaltschaft zur Mitwirkung befugt ist, daß daher der Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte sowie vor einem ersuchten oder beauftragten Richter der Staatsanwalt beiwohnen darf, daß er sich über die zu erlassende Entscheidung gutachtlich äußern und im Interesse der Aufrechthaltung der Ehe sogar neue Thatsachen und Beweismittel vorbringen darf, daher von Amtswegen von allen Terminen benachrichtigt werden muß (§ 607).[1])

Der Termin zur mündlichen Verhandlung darf, wenn eine Scheidungsklage oder eine Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens erhoben wird, vom Vorsitzenden nur anberaumt werden, wenn ein Sühneversuch mißlungen ist oder ein Fall vorliegt, in welchem von der Vornahme eines Sühneversuches abgesehen werden kann (wenn nämlich der Aufenthalt des Beklagten unbekannt oder im Auslande gelegen ist, wenn dem S. ein anderes schwer zu beseitigendes Hinderniß im Wege steht, das vom Kläger nicht verschuldet ist, oder wenn die Erfolglosigkeit mit Bestimmtheit vorauszusehen ist). Der Sühneversuch findet vor dem Amtsgericht statt, bei welchem der Ehemann seinen allgemeinen Gerichtsstand hat. Der Kläger hat die Anberaumung des Sühnetermins zu beantragen und nach erfolgter Terminsbestimmung den Beklagten zu laden. Eine Vertretung der Parteien ist unstatthaft, Beistände können zurückgewiesen werden. Mißlungen ist der Sühneversuch, wenn die Parteien erklären, sich nicht einigen zu wollen, wenn der Kläger, nicht aber der Beklagte, erscheint oder wenn in zwei Sühneterminen der Kläger nicht erscheint (§§ 608—611).

Der Vorsitzende entscheidet über die hier behandelte Voraussetzung selbständig (§§ 611, 567).

Bei der Terminsbestimmung soll der Vorsitzende nicht verpflichtet sein, eine Ueberschreitung der Einlassungsfrist zu vermeiden (§§ 618 Abs. 1; 261, Abs. 2); er ist demnach

---

[1]) Einer förmlichen Zustellung bedarf es nicht.

Digitized by Google

befugt, den Verhandlungstermin weit hinauszurücken, wenn und soweit er dies für angemessen hält.

Der Umstand, daß das Verbot der Klageänderung für Ehesachen nicht gilt, daß vielmehr stets neue Klagegründe angeführt werden können (§ 614), verstärkt die Gefahr einer Verzögerung des Prozesses.

Ein Versäumnißurtheil gegen den Beklagten oder Widerbeklagten ist unzulässig. Erscheint der Beklagte nicht, so findet eine einseitige Verhandlung statt, indem der klägerische Rechtsanwalt seinen Antrag verliest und die Klage begründet, während das Gericht dieses Vorbringen so zu behandeln hat, als wäre der Antrag auf Abweisung der Klage gestellt und das klägerische Vorgehen bestritten. Aber auch diese einseitige Verhandlung darf nicht stattfinden, wenn der Beklagte im ersten Verhandlungstermine ausbleibt; in diesem Falle kann der Kläger nur die Anberaumung eines zweiten Termines beantragen, und erst in diesem zweiten Termine kann verhandelt werden (§ 618).

Eine starke Abweichung vom ordentlichen Prozeßgange liegt in der Aussetzungsbefugniß des Gerichts. Handelt es sich nämlich um Ehescheidung, so kann der Kläger in jedem Falle die Aussetzung des Verfahrens beantragen. Der Antrag kann abgelehnt werden nur, wenn das Gericht die Klage abweist; nach dem Klageantrage die Scheidung aussprechen darf es aber nur, nachdem es dem Aussetzungsantrage stattgegeben hat. Von Amtswegen kann das Gericht aussetzen, wenn eine Scheidungsklage auf den relativen Scheidungsgrund des § 1568 BGB (verschuldete Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses) gestützt ist und die Aussicht auf Aussöhnung der Parteien nicht ausgeschlossen ist (§ 620), oder wenn eine Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens erhoben und eine Aussöhnung der Parteien nicht unwahrscheinlich ist (§ 621). Die Aussetzung darf im Laufe des Rechtsstreits nur ein Mal und bei der Scheidungsklage höchstens auf zwei, bei der Herstellungsklage höchstens auf ein Jahr erfolgen.

Urtheile, welche auf Scheidung oder Nichtigkeit der Ehe erkennen, sind von Amtswegen zuzustellen (§ 625).

Die anderen Besonderheiten des Eheprozesses betreffen die Ermittelung des Sachverhaltes und haben mit dem Prozeßgange nichts zu thun. Die hier mitgetheilten Eigen-

Digitized by Google

thümlichkeiten aber lassen das Bestreben erkennen, jedenfalls den Ehescheidungsprozeß nicht zu beschleunigen.

II. Der sog. Filiationsprozeß theilt eine Reihe Besonderheiten des Eheprozesses, doch fehlt die Aussetzungsbefugniß des Gerichts.

III. Der Urkunden- und Wechselprozeß begünstigt die rasche und sichere Durchführung des Klageanspruches und erreicht dieses Ziel durch eine Beschränkung der Vertheidigung des Beklagten. Er ist den Geldansprüchen und den Ansprüchen auf Leistung einer Quantität anderer beweglicher Sachen oder Werthpapiere zur Verfügung gestellt, vorausgesetzt, daß sie verbrieft sind (§ 592). Die meisten dieser Forderungen vertreten im Verkehr die Stelle baaren Geldes, eine Eigenschaft, die ihnen nur dann beiwohnt, wenn das bürgerliche Recht das Einrederecht, das Prozeßrecht die Geltendmachung der dem Beklagten verbliebenen Einreden beschränkt. Jene dem materiellen Rechte angehörige Voraussetzung ist gegeben durch Art. 82 WO, § 364 HGB, §§ 784, 796, 1138, 1191, 1192, 1195, 1199 BGB für die dort bezeichneten Urkunden, die dem Prozeßrecht angehörige Voraussetzung aber dadurch, daß im Urkunden- und Wechselprozeß eine sogenannte „summarische Kognition" stattfindet d. h. daß der Richter Einwendungen des Beklagten nur dann berücksichtigt, wenn sie durch Urkunden oder Eideszuschiebung bewiesen werden können (§ 598 CPO), sowie dadurch, daß das Urtheil sofort vollstreckbar ist (§§ 599, 708 Nr. 4).

Um jedoch dem Beklagten das vollständige Gehör nicht endgültig zu versagen, ist ihm die Möglichkeit eröffnet, seine Einwendungen in einem Nachverfahren in jeder nach den Grundsätzen des ordentlichen Prozesses zugelassenen Weise zu begründen, vorausgesetzt, daß er dem Klageanspruche nur überhaupt widersprochen und das Gericht ihm im Urtheile die Ausführung seiner Rechte vorbehalten hat (§ 599 CPO). Ob sein Widerspruch dem erkennenden Gerichte begründet oder unbegründet erscheint, ob er blos die Klagethatsachen bestreitet oder Einwendungen vorbringt, macht keinen Unterschied, der Vorbehalt ist selbst dann auszusprechen, wenn das Gericht die Einwendungen geprüft und durch sein Urtheil

---

[1]) Hierin liegt der Unterschied dieses Vorbehaltes von dem Vorbehalte des § 540 CPO.

Digitized by Google

verworfen hatte. Der Vorbehalt beschränkt sich denn auch nicht auf bestimmte Vertheidigungsmittel, sondern erstreckt sich auf jede Art der Vertheidigung.[1]) Er ist daher allgemein zu fassen („dem Beklagten wird die Ausführung seiner Rechte vorbehalten") und kann nur fortfallen im Falle des Versäumniß- und des Anerkenntnißurtheils, in jenem Falle, weil der Beklagte überhaupt nicht widersprochen, im letzteren Falle, weil er den civilrechtlichen Anspruch des Klägers für begründet erklärt hat.[1]) Fehlt der Vorbehalt in einem Falle, in welchem er hätte ausgesprochen werden sollen, so kann die Ergänzung des Urtheils verlangt (§§ 599, 321) oder ein Rechtsmittel eingelegt werden (RG 10, 347, vgl. auch § 537 CPO).

Die im Urkundenprozesse erhobene Klage begründet daher zwar, wie jede andere Klage, nur ein einziges Prozeßverhältniß, aber möglicherweise zwei verschiedenartige Prozeduren und führt dann zu zwei verschiedenen Urtheilen. Liegen nämlich die Voraussetzungen des Urkundenprozesses vor und macht der Kläger den prozessualischen Anspruch geltend, daß in dieser Prozeßart verhandelt werde, so wird zunächst eine summarische Kognition eröffnet d. h. eben der Urkundenprozeß. Jenes Verlangen macht der Kläger durch die in die Klageschrift aufzunehmende Erklärung geltend, daß im Urkundenprozesse (bezw. Wechselprozesse) geklagt werde (§§ 593, 604 CPO). Voraussetzung des Urkundenprozesses ist (§ 592):

1. ein Anspruch, welcher die Zahlung einer bestimmten Geldsumme, oder die Leistung einer bestimmten Quantität anderer vertretbarer Sachen oder Werthpapiere zum Gegenstande hat, insbesondere auch ein Anspruch aus einer Hypothek, einer Grundschuld oder einer Rentenschuld,

2. daß die sämmtlichen zur Begründung des Klageanspruches erforderlichen Thatsachen durch Urkunden bewiesen werden können.

Der Wechselprozeß hat zur Voraussetzung einen Anspruch aus einem Wechsel im Sinne der CPO, er kann daher zur Geltendmachung des Wechselbereicherungsanspruches (Art. 83

---

[1]) Ein Anerkenntniß nur gegenüber dem prozessualischen Anspruche auf die summarische Kognition mit Widerspruch gegen den Leistungsanspruch (wie Stein, Urkunden- u. Wechselprozeß, S. 215 annimmt) giebt es nicht.

Digitized by Google

WO), der sich nicht auf den Wechsel, sondern auf die Thatsache der Bereicherung gründet, nicht verwendet werden. Er ist nur eine Art des Urkundenprozesses (§ 602).

Die Einreichung und die Zustellung der Klage erfolgen wie im ordentlichen Prozesse. Damit aber der Beklagte in die Lage komme, sich auf die Urkunden, auf welche der Kläger seinen Anspruch stützt, in der mündlichen Verhandlung zu erklären, muß der Kläger diese Urkunden in Urschrift oder in Abschrift entweder schon der Klageschrift oder wenigstens einem vorbereitenden Schriftsatze, der unter Wahrung der Einlassungsfrist dem Beklagten zugestellt wird, beifügen (§ 593).

Der Urkundenprozeß hat dieselbe Einlassungsfrist und dieselbe Ladungsfrist wie der ordentliche Prozeß, denn es kommt weniger auf eine Beschleunigung als vielmehr auf eine Beschränkung des Vertheidigungsrechts an. Der Wechselprozeß aber bedarf außerdem der Beschleunigung. Deshalb sind hier Einlassungs- und Ladungsfristen durch Gesetz abgekürzt (§ 604).

Die mündliche Verhandlung richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften. Findet das Gericht, daß es an einer Voraussetzung des Urkundenprozesses fehlt oder daß der Kläger den Anforderungen, die der Urkundenprozeß an ihn stellt, nicht genügt, so wird die Klage als in dieser Prozeßart unstatthaft abgewiesen (§ 597). Die Klage bleibt dann nicht im ordentlichen Verfahren anhängig, sondern muß von neuem erhoben werden; sie kann aber von neuem erhoben werden, weil die Rechtskraft des Urtheils nur die Erneuerung des prozessualischen Anspruches auf summarische Kognition ausschließt. Erweist sich dagegen schon bei der summarischen Kognition der civilrechtliche Anspruch des Klägers als unbegründet, so wird der Kläger mit dem Anspruche abgewiesen.[1]) Die Rechtskraft dieses Urtheils steht der Erneuerung desselben civilrechtlichen Anspruches entgegen, mag er später im ordentlichen oder wieder im Urkundenprozesse erhoben werden.

Hat der Beklagte, was bei dieser Prozeßart besonders häufig, dem Klageantrage überhaupt nicht widersprochen, so ergeht ein vorbehaltloses, kondemnirendes Urtheil. Die Folge ist das Ende des Prozesses, denn die Unterlassung

[1]) Also: „Kläger wird mit dem Klageanspruche abgewiesen".

Digitized by Google

des Widerspruches hat ergeben, daß der Beklagte den civilrechtlichen Anspruch überhaupt nicht bestreitet, daß also die summarische Kognition des Urkundenprozesses vollkommen genügte, den Prozeß endgültig zu erledigen. Wird der Beklagte aber unter Vorbehalt verurtheilt, so ist nur die summarische Kognition beendet und das Urtheil schließt nur diese ab, ist also ein vorläufiges. Es ist der formellen Rechtskraft fähig und beendet thatsächlich den Prozeß in vielen Fällen für immer.

Spricht das Urtheil den Vorbehalt aus, so stehen dem Beklagten zwei Wege offen, eine für ihn günstige Entscheidung herbeizuführen: er kann gegen das Urtheil das zulässige Rechtsmittel einlegen oder er kann, gleichviel ob jenes Urtheil schon rechtskräftig geworden ist oder nicht, den Kläger zur mündlichen Verhandlung laden.[1]) In jenem Falle wird in der höheren Instanz der Urkundenprozeß fortgesetzt, in diesem wird das ordentliche Verfahren in derjenigen Instanz eröffnet, welche den Vorbehalt ausgesprochen hatte, daher in der ersten Instanz, wenn das in dieser erlassene Vorbehaltsurtheil in der Berufungsinstanz bestätigt worden ist. Dieses ordentliche oder Nachverfahren eröffnet dem Beklagten die Möglichkeit einer unbeschränkten Vertheidigung, soweit sie im Urkundenprozesse Beschränkungen unterlegen hatte. Der Beklagte kann daher Vertheidigungsmittel vorbringen, die er im Urkundenprozesse überhaupt nicht geltend gemacht hatte, und er kann die schon vorgebrachten Einwendungen durch alle ihm zu Gebote stehenden Beweismittel unterstützen, aber er kann nicht auf diejenigen Vertheidigungsmittel zurückkommen, die im Urkundenprozesse als unbegründet zurückgewiesen worden waren. Die Parteistellung bleibt im Nachverfahren dieselbe, die sie vorher war, Eidesleistungen und Eidesweigerungen behalten die Wirkung, die sie im Urkundenprozesse hatten, im Nachverfahren; die Grundsätze über das Versäumnißverfahren finden im Nachverfahren entsprechende Anwendung[2]); erweist sich der Klageanspruch als unbegründet, so ist das Vorbehaltsurtheil aufzuheben und die Klage als unbegründet abzuweisen; er-

[1]) Natürlich kann auch der Kläger laden, denn er hat ein Interesse an der Beseitigung des Vorbehalts.

[2]) S. darüber unten bei der Lehre von der Versäumniß.

Digitized by Google

weisen sich aber die Einwendungen des Beklagten als unbegründet, so ist das vorläufige Urtheil aufrechtzuerhalten, womit der Vorbehalt von selbst verschwindet. Gegen das endgültige Urtheil können natürlich die etwa zulässigen Rechtsmittel eingelegt werden (§§ 598—600).

§ 36. Verfahrensarten, die nicht Prozesse sind.

Wesentliche Abweichungen finden in allen denjenigen besonderen Verfahrensarten statt, welche nicht den Zweck haben, eine Streitverhandlung der Parteien vor dem erkennenden Richter herbeizuführen. Denn in allen diesen Fällen wird die richterliche Thätigkeit nicht dadurch veranlaßt, daß der Kläger den Gegner zu einer Verhandlung ladet, sondern dadurch, daß er den regelmäßig schriftlichen Antrag bei Gericht stellt, eine bestimmte Rechtsschutzhandlung vorzunehmen.

Das ist der Fall vor Allem:

I. beim Mahnverfahren. Dieses ist eine Weiterentwicklung und Vereinfachung des gemeinrechtlichen bedingten Mandatsprozesses und hat den Zweck, für einfache, klare Ansprüche unter Vermeidung der Förmlichkeiten und Kosten des gewöhnlichen Prozesses dem Kläger rasch einen vollstreckbaren Schuldtitel zu beschaffen. Das Mahnverfahren ist daher zulässig wegen eines jeden Anspruches, welcher die Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Quantität anderer vertretbarer Sachen oder Werthpapiere zum Gegenstande hat[1]); in welcher Weise der Anspruch bewiesen werden kann, ist gleichgültig, das Mahnverfahren ist daher auch in den Fällen zulässig, in denen der Urkundenprozeß zulässig sein würde. Das Mahnverfahren soll aber überall da nicht Platz greifen, wo der Richter aus dem Antrage des Klägers entnehmen kann, daß der Anspruch überhaupt oder zur Zeit nicht besteht oder wo der raschen Durchführung des Verfahrens ein prozessualisches Hinderniß entgegensteht. Der Rechtsschutzanspruch auf diese Art prozessualischen Verfahrens besteht daher aus jenem Grunde nicht, wenn sich aus dem Inhalte des klägerischen

[1]) Auch wegen Hypotheken, Grundschulden, Rentenschulden § 688 Abs. 1.

Digitized by Google

Gesuchs ergiebt, daß der civilrechtliche Anspruch überhaupt oder zur Zeit nicht besteht (§ 691) oder daß er von einer noch nicht erfolgten Gegenleistung abhängt (§ 688 Abs. 2), und er besteht wegen prozessualischen Hindernisses nicht, wenn die Zustellung des Zahlungsbefehles im Auslande oder durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen müßte (§ 688 Abs. 2); denn während dort der Widerspruch des Beklagten und in Folge dessen der ordentliche Prozeß mit Sicherheit zu erwarten ist, würden hier die besonderen Vortheile eines vereinfachten Verfahrens verloren gehen, dabei aber würde für den Beklagten die Gefahr bestehen, ungehört verurtheilt zu werden. Das Verfahren beginnt damit, daß „der Gläubiger", ohne Rücksicht darauf, ob eine Klage wegen desselben Anspruches beim Amtsgericht oder Landgericht erhoben werden müßte, beim Amtsgericht (§ 689) ein Gesuch anbringt, das den Anspruch auf das Mahnverfahren dann begründet, wenn es den gesetzlich (§ 690) vorgeschriebenen Inhalt hat: nämlich außer dem sog. Rubrum die bestimmte Angabe des Betrages[1]) oder Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruches sowie das Gesuch um Erlassung des Zahlungsbefehls. Denn das Gesuch vertritt die Stelle einer Klage und, was wichtiger ist, es ist die einzige Grundlage für die richterliche Thätigkeit. Der Richter muß also aus dem Gesuche unter Voraussetzung der Wahrheit der in ihm enthaltenen thatsächlichen Behauptungen auf das gegenwärtige Bestehen des erhobenen Anspruches schließen können, das Gesuch muß den Anspruch also „substantiiren", und es muß ihn ferner dergestalt „individualisiren",[2]) daß eine Entscheidung darüber möglich ist, ob derselbe Anspruch gleichzeitig (Einrede der Rechtshängigkeit!) oder später (Einrede der Rechtskraft!) noch einmal erhoben ist.[3])

Entspricht das Gesuch diesen Anforderungen nicht[4]), so wird es zurückgewiesen, und zwar durch eine unanfechtbare

---

[1]) Angabe der Beweismittel ist nicht erforderlich.

[2]) Ueber diesen Gegensatz unten bei der Lehre von der Klage.

[3]) Es genügt daher nicht, im Gesuche zu sagen: „Der Beklagte schuldet mir für gelieferte Schuhwaaren 50 Mark" oder „der Beklagte ist verpflichtet, mir den Pachtzins für den ihm verpachteten Garten mit 85 Mark zu bezahlen."

[4]) Dies schon dann, wenn der Zahlungsbefehl wegen eines Theiles desselben Anspruches, nicht auch dann, wenn er wegen eines von mehreren Ansprüchen nicht erlassen werden kann. § 691.

Digitized by Google

Entscheidung (§ 691). Damit wird aber nur über den prozessualischen Anspruch auf das Mahnverfahren, nicht auch über den Rechtsanspruch überhaupt und noch viel weniger über den civilrechtlichen Anspruch entschieden.

Genügt das Gesuch aber jenen formellen Erfordernissen, so erläßt das Gericht einen Zahlungsbefehl an den „Schuldner". Dieser Z. hat diejenigen Angaben, welche das Gesuch enthalten muß, in sich aufzunehmen und enthält außerdem den an den Schuldner gerichteten Befehl, binnen einer vom Tage der Zustellung laufenden Frist von einer Woche bei Vermeidung sofortiger Zwangsvollstreckung den Gläubiger wegen des Anspruches nebst den — dem Betrage nach zu bezeichnenden — Kosten des Verfahrens und den geforderten Zinsen zu befriedigen oder bei dem Gericht Widerspruch zu erheben (§ 692). Der Befehl wird unter Vermittelung des Gerichtsschreibers dem Schuldner zugestellt (§§ 166, 168), die Urschrift des Zahlungsbefehles nebst der Zustellungsurkunde wird dem Gläubiger ausgehändigt, das Gesuch aber bleibt beim Gericht zurück. Der Schuldner erhält keine Abschrift des Gesuches.

Mit der Zustellung ist das Prozeßrechtsverhältniß begründet, der Anspruch rechtshängig geworden (§ 693).

Unterläßt der Schuldner die Erhebung des Widerspruches innerhalb der angegebenen Frist, so kann der Gläubiger durch einen einfachen, durch Ueberreichung des Befehles nebst Zustellungsurkunde gestützten Antrag verlangen, daß der Zahlungsbefehl für vollstreckbar erklärt werde (§ 699). Diesem Antrage entspricht das Gericht, wenn nicht vor der Vollstreckbarkeitserklärung, wenngleich nach Ablauf der einwöchigen Frist, Widerspruch erhoben worden ist, und zwar entspricht es ihm in der Form, daß es auf den Zahlungsbefehl einen Vollstreckungsbefehl[1]) setzt. Der Vollstreckungsbefehl wird dem Gläubiger ausgefolgt, dem es überlassen bleibt, die Zwangsvollstreckung zu betreiben, denn der Vollstreckungsbefehl steht einem für vorläufig vollstreckbar erklärten Versäumnißurtheil gleich (§ 700), er bildet also, wie das Urtheil, einen vollstreckbaren Schuldtitel (§ 794 Nr. 4), er kann daher auch

[1]) „Vorstehender Zahlungsbefehl wird wegen des darin bezeichneten Anspruches und der Kosten des Verfahrens mit .... für vollstreckbar erklärt."

Digitized by Google

mittels Einspruches angefochten werden. Geschieht das, und gehört der Anspruch zur Zuständigkeit des Landgerichtes, so wird zwar zur Verhandlung vor das Amtsgericht geladen, von diesem wird aber nur über die prozessualische Zulässigkeit (Form und Frist) des Einspruches entschieden, und zwar durch Urtheil. Da der Einspruch gegen den Vollstreckungsbefehl zugleich den Widerspruch gegen den Zahlungsbefehl enthält, so kann nach Eintritt der Rechtskraft des Urtheils von jeder Partei zur mündlichen Verhandlung über den Anspruch geladen werden. Gehört der Anspruch dagegen zur amtsgerichtlichen Zuständigkeit, so wird in der Einspruchsschrift sowohl zur Verhandlung über den Einspruch als überhaupt zur mündlichen Verhandlung geladen (§ 700).

Wird Widerspruch erhoben, so verliert zwar der Zahlungsbefehl seine Kraft, doch bleibt die Wirkung bestehen, welche die Zustellung des Befehls mit der Zustellung einer Klage gemein hat, nämlich die Rechtshängigkeit des Anspruches (§ 695). Der Widerspruch kann schriftlich oder mündlich angebracht werden (§ 702). Ist er erhoben, so kann, bei amtsgerichtlicher Zuständigkeit, jede Partei ihren Gegner zur mündlichen Verhandlung des Rechtsstreits vor das Amtsgericht laden,[1]) bei landgerichtlicher Zuständigkeit dagegen kann der Streit nur dadurch zum Austrage gebracht werden, daß Klage erhoben wird (§§ 696, 697). In jedem Falle beginnt nunmehr das ordentliche Prozeßverfahren.

Dem oben bezeichneten Zwecke des Verfahrens entspricht es, daß wenn nicht innerhalb einer mit Ablauf der Widerspruchsfrist endigenden Frist von 6 Monaten der Erlaß des Vollstreckungsbefehles beantragt wird, der Zahlungsbefehl außer Kraft gesetzt und das durch ihn begründete Prozeßrechtsverhältniß aufgehoben wird (§ 701).[2])

II. Dem Mahnverfahren ähneln zwei Formen gerichtlichen Verfahrens, die gleichfalls dem Zwecke alsbaldiger Herstellung eines vollstreckbaren Titels dienen. Es ist dies:

1. das Konkursverfahren insofern, als nur festgestellte Forderungen aus der Konkursmasse befriedigt werden

---

[1]) Ladungsfrist wenigstens 3 Tage.

[2]) Weitere Erleichterungen: mündliche Anbringung des Gesuches um Zahlungsbefehl und Vollstreckungsbefehl, sowie des Widerspruchs (§ 702); Vollmacht nicht erforderlich (§ 703).

Digitized by Google

dürfen und das Konkursverfahren daher selbst ein Feststellungsverfahren enthält. Derjenige Konkursgläubiger, der Befriedigung aus der Masse wünscht (§ 3 KO), hat seine Forderung beim Konkursgericht unter Angabe ihres Betrages und Grundes sowie des etwa beanspruchten Vorrechtes schriftlich oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers anzumelden und der Anmeldung die urkundlichen Beweisstücke oder eine Abschrift davon beizufügen. Die Anmeldungen werden dem Verwalter mitgetheilt und in der Gerichtsschreiberei den Betheiligten zur Einsicht offengelegt. Ferner trägt der Gerichtsschreiber alle angemeldeten Forderungen in eine Tabelle ein. Im Prüfungstermine wird jede einzelne angemeldete Forderung, auch wenn der Gläubiger nicht erscheint, nach Dasein, Betrag und Vorrecht erörtert. Wird ihr vom Verwalter oder einem Konkursgläubiger Widerspruch entgegengesetzt, so kann sie als streitig gebliebene Forderung am Konkurse nicht theilnehmen, wenn nicht der Gläubiger im ordentlichen Prozesse Klage erhebt und ein die Forderung feststellendes Urtheil erzielt. Wird gegen die Forderung aber weder vom Verwalter noch von einem Konkursgläubiger Widerspruch erhoben, so gilt sie damit allein als festgestellt; sie wird als festgestellt in die Tabelle eingetragen, und diese Eintragung hat die Kraft eines gegen alle Konkursgläubiger wirkenden rechtskräftigen Urtheils. Widerspricht nur der Gemeinschuldner, so gilt die Forderung nur für das Konkursverfahren als festgestellt. Hat aber auch er den Widerspruch unterlassen, so bildet die Eintragung in die Tabelle einen vollstreckbaren Schuldtitel auch gegen ihn mit der Wirkung, daß aus diesem Titel nach Beendigung des Konkurses die Zwangsvollstreckung gegen ihn betrieben werden kann (§§ 138—148, 152, 164, 14 KO).

2. Hierher gehört ferner die Vorschußberechnung im Konkurse einer eingetragenen Genossenschaft. Diese Berechnung wird vom Konkursverwalter sofort nach Aufstellung der Bilanz (§ 124 KO) und zu dem Zwecke vorgenommen, den in der Bilanz bezeichneten Fehlbetrag zu decken. Sie wird daher in der Weise aufgestellt, daß die von jedem einzelnen Genossen an die Masse zu leistenden Beiträge bezeichnet werden. Sie wird dem Konkursgericht mit dem Antrage eingereicht, sie für vollstreckbar zu erklären. Zu diesem Zwecke wird vom Gericht ein nicht über zwei Wochen hinaus anzuberaumender Termin bestimmt; der Termin wird öffent-

Digitized by Google

ich bekannt gemacht, die in der Berechnung genannten Genossen aber werden besonders (durch das Gericht) geladen. Eine Abschrift der Berechnung erhalten die Genossen nicht, sie werden nur in der öffentlichen Bekanntmachung und in der Ladung darauf hingewiesen, daß die Berechnung wenigstens drei Tage lang vor dem Termine in der Gerichtsschreiberei zur Einsicht offenliegt. Im Termine werden der Vorstand und der Aufsichtsrath der Genossenschaft, der Konkursverwalter und der Gläubigerausschuß und, soweit Einwendungen erhoben werden, auch die sonst Betheiligten, also insbesondere die widersprechenden Genossen gehört. Das Gericht entscheidet über die Einwendungen und berichtigt die Berechnung, soweit Einwendungen begründet sind, erklärt sie aber für vollstreckbar, soweit Einwendungen nicht erhoben oder für unbegründet befunden worden sind. Die Vollstreckbarkeitserklärung erfolgt durch eine Entscheidung, welche einem Rechtsmittel nicht unterliegt und einen vollstreckbaren Schuldtitel zu Gunsten der Masse (des Verwalters) gegen die Genossen bildet. Wer die Berechnung anfechten will, kann dies nur im Wege der Klage thun. Ein gleiches Verfahren findet statt zur Feststellung der Nachschußberechnung. Eine solche wird vom Verwalter aufgestellt, sobald mit dem Vollzuge der Schlußvertheilung begonnen ist (§ 161 KO). Sie enthält die Nachschüsse, welche die Genossen zu dem Zwecke an die Masse zu leisten haben, daß nicht Genossenschaftsgläubiger unbefriedigt bleiben (§§ 105—115 Ges. vom 1. Mai 1889).

In diesen Fällen findet zwar ein abgekürztes und auch sonst vereinfachtes Verfahren, aber nicht eine summarische Kognition statt, da dem Schuldner alle Vertheidigungsmittel offen stehen.

III. Einen ganz anderen Zweck verfolgt das Entmündigungsverfahren. Es will nur die Grundlage für Einleitung einer Vormundschaft herstellen (§§ 6, 1896 BGB), also nicht einen privatrechtlichen Anspruch einer Person gegen die andere, sondern die Voraussetzung für die staatliche Fürsorgepflicht feststellen. Aus diesem Grunde kann von einem eigentlichen Prozeß in dem oben (S. 31) entwickelten Sinne nicht die Rede sein, ja es verliert in diesem Verfahren die Person des zu Entmündigenden in dem Maße an Bedeutung, daß es auf ihre Zustimmung oder ihren Widerspruch für die richterliche Entscheidung nicht ankommt, das Gesammtver-

Digitized by Google

halten des zu Entmündigenden vielmehr nur als Erforschungsmittel dient.

Gleichwohl kann das Verfahren vom Gericht (d. i. dem Amtsgericht, bei welchem der zu Entmündigende seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, §§ 645, 648, 650 CPO) nicht von Amtswegen eingeleitet werden, es setzt vielmehr den Antrag einer vom Gesetz als berechtigt bezeichneten, dem zu Entmündigenden nahestehenden Person, oder im Falle der Antrag auf Geisteskrankheit oder Geistesschwäche gestützt werden soll, auch des Staatsanwalts voraus (§§ 646, 680). Damit trägt das Gesetz dem Umstande Rechnung, daß an der Entmündigung von Geisteskranken und Geistesschwachen das öffentliche Interesse betheiligt sein kann, die Entmündigung von Verschwendern und Trunksüchtigen aber fast ausschließlich im Familieninteresse liegt.

Der Antrag kann bei Gericht schriftlich oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers angebracht werden (§ 647). Zur Einleitung des Verfahrens genügt der bloße Antrag. Denn das Gesetz erklärt die Anführung der den Antrag begründenden Thatsachen und Beweismittel nicht für nothwendig, sondern nur für wünschenswerth (§ 647), doch kann das Gericht, falls es sich um Geisteskrankheit oder Geistesschwäche handelt, vor der Einleitung des Verfahrens die Beibringung eines ärztlichen Zeugnisses anordnen (§ 649).

Die Einleitung des Verfahrens hat eine vorgängige Bekanntmachung des Entmündigungsantrages an den zu Entmündigenden nicht zur Voraussetzung. Ist aber das Verfahren eingeleitet, was ohne förmlichen Beschluß geschehen kann, so ist dem zu Entmündigenden selbst und demjenigen gesetzlichen Vertreter des zu Entmündigenden, welchem die Sorge für die Person zusteht (§§ 1627, 1666, 1684, 1697, 1793, 1901 BGB), Gelegenheit zur Bezeichnung von Beweismitteln zu geben. Hierzu tritt bei einem wegen behaupteter Geisteskrankheit oder Geistesschwäche eingeleiteten Verfahren nur noch die zwingende Vorschrift (§§ 654, 655)

a) daß der zu Entmündigende persönlich unter Zuziehung eines oder mehrerer Sachverständigen vom Richter zu vernehmen ist, und

b) daß die Entmündigung nicht ausgesprochen werden darf, bevor das Gericht einen oder mehrere Sachverständige über den Geisteszustand des zu Entmündigenden gehört hat.

Digitized by Google

Im übrigen bestehen über den Gang des Verfahrens bindende Vorschriften nicht. Das Gericht hat zwar die in dem Entmündigungsantrage behaupteten Thatsachen und angeführten Beweismittel zu benutzen, ist aber an den Inhalt des Antrages und die dort bezeichneten Beweismittel nicht gebunden (§§ 653, 680).

Zuzustellen ist der Beschluß in jedem Falle dem Antragsteller, handelt es sich um Geisteskrankheit oder Geistesschwäche, auch dem Staatsanwalt, handelt es sich um Verschwendung oder Trunksucht, auch dem zu Entmündigenden. Spricht der Beschluß die Entmündigung wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche aus und steht der Entmündigte unter Vormundschaft oder elterlicher Gewalt, so ist er dem gesetzlichen Vertreter, spricht er eine Entmündigung wegen Geistesschwäche aus, so ist er auch dem Entmündigten selbst zuzustellen (§§ 659, 660, 683). Lehnt der Beschluß die Entmündigung ab, so ist er auch dem zu Entmündigenden zuzustellen (§ 662). Die Zustellungen erfolgen von Amtswegen, denn das Verfahren steht nicht unter der Herrschaft des Parteibetriebes.

Der die Entmündigung ablehnende Beschluß unterliegt der sofortigen Beschwerde von Seiten des Antragstellers, und bei behaupteter Geisteskrankheit oder Geistesschwäche, auch des Staatsanwalts, selbst wenn dieser das Verfahren nicht beantragt hatte (§§ 663, 680). Das Verfahren vor dem Beschwerdegericht ist nichts weiter als eine Fortsetzung oder Wiederholung des vor dem Amtsgericht begonnenen Entmündigungsverfahrens und theilt daher dessen Eigenart (§§ 663, 680, 652, 653).

Anders wenn der Beschluß die Entmündigung ausspricht. Dieser Beschluß unterliegt einem Rechtsmittel nicht. Denn es liegt im allgemeinen Interesse, daß der Entmündigte alsbald die Fähigkeit zur Vornahme von Rechtsgeschäften verliert (§§ 104, 105, 114 BGB). Der die Entmündigung auf Grund von Geisteskrankheit aussprechende Beschluß tritt daher mit der Bestellung des Vormundes, und wenn der Entmündigte noch unter elterlicher Gewalt oder schon unter Vormundschaft steht, schon mit der Zustellung an den gesetzlichen Vertreter, der die Entmündigung auf Grund von Verschwendung oder Trunksucht oder Geistesschwäche aussprechende Beschluß mit der Zustellung an den Entmündigten in Wirksamkeit (§§ 661, 683 CPO). Er

Digitized by Google

schafft damit den Zustand der Geschäftsunfähigkeit oder der beschränkten Geschäftsfähigkeit. Ist dies ein Zustand des Unrechts, so kann er nur im Wege der Klage beseitigt werden. Dies hat zur Folge, daß der Entmündigungsbeschluß seine Wirkung behält, bis er durch das von dieser Klage angestrebte Urtheil aufgehoben wird. Im Falle die Anfechtungsklage erhoben wird, schließt sich also an das Entmündigungsverfahren ein Prozeß im eigentlichen Wortsinne an, doch gilt auch für diesen Prozeß manches Besondere.

Die Klage kann nur innerhalb einer Frist von einem Monat, die keine Nothfrist ist, erhoben werden, und zwar ist ausschließlich zuständig dasjenige Landgericht, in dessen Bezirk das Amtsgericht, welches über die Entmündigung entschieden hat, seinen Sitz hat (§§ 664, 665, 684 CPO). Klagberechtigt sind in jedem Falle der Entmündigte selbst, im Falle der Geisteskrankheit oder Geistesschwäche derjenige gesetzliche Vertreter des Entmündigten, dem die Sorge für die Person zusteht, und diejenigen Personen, welche zum Antrage auf Entmündigung befugt sind (§§ 664, 684); will der wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche Entmündigte selbst Klage erheben, und will er nicht selbst einen Rechtsanwalt bestellen, so ist ihm vom Vorsitzenden des Prozeßgerichts ein Rechtsanwalt als Vertreter d. h. als Prozeßbevollmächtigter beizuordnen (§ 668. RG 34, 386; 35, 356). Die Klage ist im Falle der Geisteskrankheit oder Geistesschwäche gegen den Staatsanwalt, und wenn sie von diesem erhoben ist, gegen den gesetzlichen Vertreter des Entmündigten, im Falle der Verschwendung oder Trunksucht aber gegen denjenigen, welcher die Entmündigung beantragt hat und nur, wenn dieser verstorben, gegen den Staatsanwalt zu richten (§§ 666, 684). Mit dieser künstlichen Schaffung einer Partei ermöglicht das Gesetz einen Parteiprozeß im Gegensatz zu dem rein inquisitorischen Ermittelungsverfahren, als welches sich das amtsgerichtliche Entmündigungsverfahren darstellt. Da die Parteien dieses Prozesses aber nicht in einem Rechtsverhältnisse zu einander stehen und also nicht eigene Ansprüche verfolgen, so tritt im Falle des Todes einer Partei nicht das Aufnahmeverfahren gegen die Rechtsnachfolger, sondern Derjenige als Partei in den Prozeß ein, welcher nach dem Tode Jenes die rechtliche Stellung einnimmt, die der Verstorbene innehatte (z. B. der neu be-

Digitized by Google

stallte Vormund).[1]) Ist die Klage gegen den Staatsanwalt gerichtet, war aber das Entmündigungsverfahren von einer anderen Person beantragt, so ist, wenn es sich um Geisteskrankheit oder Geistesschwäche handelt, jene andere Person zur mündlichen Verhandlung mit zu laden; tritt sie dem Verfahren bei, so ist sie nothwendiger Streitgenosse des Staatsanwalts (§§ 666, 62. RG 36, 345). Bei der mündlichen Verhandlung haben die Parteien die Ergebnisse der beim Amtsgerichte stattgehabten Sachuntersuchung vorzutragen. Dem Zwecke dieses Prozesses entsprechend, der nur feststellen soll, ob der die Entmündigung bedingende Zustand thatsächlich vorhanden ist, entfällt auch bei diesem Prozeß die Verfügungsmacht der Partei (§ 670). Aber das Zweiparteienverhältniß hat zur Folge, daß das Gericht nicht nur von Amtswegen zu ermitteln, sondern sich auch an die Anführungen der Parteien zu halten hat. Ist die Entmündigung wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche ausgesprochen, so darf das Prozeßgericht die Anfechtungsklage nicht abweisen, wenn es nicht den Entmündigten persönlich unter Zuziehung eines oder mehrerer Sachverständigen gehört und einen oder mehrere Sachverständige über den Geisteszustand des Entmündigten vernommen hat, und nur von dieser Vernehmung kann das Prozeßgericht Abstand nehmen, wenn es das vor dem Amtsgericht abgegebene Gutachten für genügend erachtet (§§ 671, 654, 655). Klagenverbindung und Erhebung einer Widerklage ist unzulässig (§ 667). Wird die Anfechtungsklage für begründet erachtet, so wird der Entmündigungsbeschluß durch Urtheil aufgehoben. Die Zustellung des Urtheils erfolgt auf Betreiben der Parteien. Die Entmündigung ist aufgehoben erst mit der Rechtskraft des Urtheils (§§ 672, 684).

Während die Anfechtungsklage nur darauf gestützt werden kann, daß in dem Entmündigungsverfahren nicht nach Vorschrift des Gesetzes verfahren oder derjenige Zustand, welcher die Entmündigung veranlaßt hat, zu Unrecht als vorhanden angenommen worden sei, kann im Falle einer Besserung jenes thatsächlich vorhanden gewesenen Zustandes die Wiederaufhebung der Entmündigung beantragt werden. Berechtigt zur Stellung des Antrages ist der Entmündigte oder

[1]) Kohler: Prozeßrechtliche Forschungen. 1889. S. 112, 113.

Digitized by Google

derjenige gesetzliche Vertreter, dem die Sorge für die Person zusteht, im Falle der Geisteskrankheit oder Geistesschwäche auch der Staatsanwalt. Das Wiederaufhebungsverfahren ist wiederum ein amtsgerichtliches Ermittelungsverfahren, und zwar ist dasjenige Amtsgericht ausschließlich zuständig, bei welchem der Entmündigte seinen allgemeinen Gerichtsstand hat; das kann ein anderes Gericht sein als dasjenige, welches die Entmündigung ausgesprochen hatte. Der über die Wiederaufhebung erlassene Beschluß ist in jedem Falle dem Antragsteller, und spricht er die Wiederaufhebung aus, auch dem Entmündigten, und im Falle der Geisteskrankheit oder Geistesschwäche auch dem Staatsanwalt von Amtswegen zuzustellen (§§ 675—678, 685, 680 Abs. 4).

Auch sonst ist zu unterscheiden, ob der Beschluß dem Entmündigten günstig oder ungünstig ist. Spricht er nämlich die Wiederaufhebung aus, so unterliegt er im Falle der Geisteskrankheit oder Geistesschwäche der sofortigen Beschwerde des Staatsanwalts, im Falle der Verschwendung oder Trunksucht ist er unanfechtbar (§§ 678, 685). Lehnt der Beschluß aber die Wiederaufhebung ab, stellt er also fest, daß der die Entmündigung bedingende Zustand noch fortdauert, so unterliegt er der Aufhebungsklage, für welche die gleichen Grundsätze maßgebend sind, wie für die Anfechtungsklage (§§ 679, 686).

IV. Auch das Aufgebotsverfahren bezweckt eine von privatrechtlichen Folgen begleitete Feststellung. In zahlreichen Fällen nämlich wird der Rechtsverkehr dadurch erschwert, daß nicht feststeht, ob ein Gegenstand des Vermögens oder auch ein ganzes Vermögen noch der rechtlichen Herrschaft eines Rechtssubjektes unterliegt. Dieser Zustand der Ungewißheit soll in einen Zustand der Gewißheit, der thatsächliche Zustand, daß Niemand eine rechtliche Herrschaft ausübt, in den Rechtszustand, daß Niemand eine solche Herrschaft ausüben darf, verwandelt werden. Aus diesem Grunde kann es nie Aufgabe des Aufgebotsverfahrens sein, über privatrechtliche Ansprüche eine Entscheidung zu geben, das Verfahren hat vielmehr seinen Zweck erreicht, wenn es feststellt, daß Jemand eine bestimmte rechtliche Herrschaft ausüben will oder daß Jemand mit Ansprüchen hervortritt. Es genügt deshalb die Anmeldung eines Rechtes, denn sie führt zu der Feststellung, daß auf den Gegenstand des Verfahrens überhaupt Rechte geltend

Digitized by Google

gemacht werden; ob das angemeldete Recht besteht oder nicht besteht, darüber zu entscheiden ist nicht Sache des Aufgebotsverfahrens. Die Anmeldungen werden hervorgerufen durch eine öffentliche gerichtliche Aufforderung, und die Nichtanmeldung hat stets einen Rechtsnachtheil, und zwar wie das „Verschweigen" des mittelalterlich-deutschen Rechtes, aus welchem sich das Aufgebotsverfahren entwickelt hat, den des Ausschlusses des nicht angemeldeten Rechtes zur Folge (§ 946 CPO). Dieses Nachtheiles wegen ist die Zulässigkeit eines Aufgebotsverfahrens auf die vom Gesetz, und zwar sowohl von Reichsgesetzen als auch von Landesgesetzen bezeichneten Fälle beschränkt (§ 946), und das Verfahren ist so geordnet, daß die Gefahr eines versehentlichen Rechtsverlustes möglichst vermieden werde.

Sachlich zuständig für das Aufgebotsverfahren ist stets das Amtsgericht (§§ 946 CPO, 23 GVG). Die örtliche Zuständigkeit ist für die einzelnen vom Gesetz zugelassenen Fälle besonders geregelt (§§ 961, 978, 983, 988, 990, 1001, 1002, 1005 CPO).

Das Verfahren wird veranlaßt durch einen schriftlich oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers gestellten Antrag. Wie der Antrag zu begründen ist, richtet sich nach dem Gegenstande des beantragten Verfahrens. In jedem Falle ist der Antrag durch die Behauptung derjenigen Thatsachen zu begründen, welche das Gesetz als Voraussetzung gerade dieses Aufgebotsverfahrens bezeichnet (§§ 963, 977, 985, 988, 1002, 1007 CPO. 14—17, 927, 1170, 1171, 887, 1104, 1112, 1269, 1970, 1489 BGB. 765 HGB. 110 des Binnenschifffahrtsgesetzes), und diese Behauptungen sind glaubhaft zu machen. Das Gericht prüft, ohne daß es hierzu einer mündlichen Verhandlung bedürfte, die Zulässigkeit des Antrages und lehnt diesen entweder durch einen — der einfachen Beschwerde unterliegenden (§ 567) — Beschluß ab, oder es giebt ihm durch einen unanfechtbaren Beschluß in der Weise statt, daß es das Aufgebot erläßt. Das Aufgebot muß, wenn es als solches überhaupt gelten soll, enthalten:

a) die Bezeichnung des Antragstellers;
b) die Aufforderung, die Ansprüche und Rechte spätestens im Aufgebotstermine anzumelden;
c) die Bezeichnung der Rechtsnachtheile, welche eintreten, wenn die Anmeldung unterbleibt; und
d) die Bestimmung eines Aufgebotstermines.

Digitized by Google

Ob das Gericht noch weitere Angaben in das Aufgebot aufnimmt, liegt in seinem Ermessen (RG 32, 136). Das Aufgebot wird öffentlich bekannt gemacht, ein Erforderniß, auf das es gerade in diesem Verfahren besonders ankommt (§§ 948, 1009). Bei Erlaß des Aufgebotes hat das Gericht einen Aufgebotstermin und eine Aufgebotsfrist zu bestimmen (§§ 947, 950). Der Aufgebotstermin ist ein vor dem Amtsgericht angesetzter Termin, dessen Schluß zugleich den äußersten Zeitpunkt bezeichnet, bis zu welchem der Antrag auf Erlaß des Ausschlußurtheils gestellt werden kann. In diesem Termine wird der Antrag mündlich angebracht; wird er vor dem Termine gestellt, so ist er schriftlich oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers zu erklären (§ 952). Die Aufgebotsfrist ist der Zeitraum, welcher zwischen der ersten Einrückung des Aufgebots in den Deutschen Reichsanzeiger und dem Aufgebotstermine liegt und wenigstens 6 Wochen betragen muß, wenn nicht das Gesetz eine längere Frist vorschreibt (§ 950). Sie muß beim Aufgebot zum Zwecke der Todeserklärung wenigstens sechs Monate (§ 965), beim Aufgebot von Schiffsgläubigern wenigstens drei Monate (§ 1002), beim Urkundenaufgebot wenigstens sechs Monate (§ 1015), beim Aufgebot der Nachlaßgläubiger aber höchstens sechs Monate (§ 994) betragen. Sie dient der Anmeldung von Rechten.

In dem Termine kann eine nähere Ermittelung, insbesondere die Versicherung der Wahrheit einer Behauptung des Antragstellers an Eidesstatt angeordnet werden. Im übrigen wird in diesem Termine, wie erwähnt, vom Antragsteller der Antrag auf Erlaß des Ausschlußurtheils gestellt, oder es wird konstatirt, daß er den Antrag vor dem Termine gestellt hat. Wenn der Antragsteller den Antrag weder vor dem Termine gestellt hat noch in dem Termine erschienen ist, so ist auf seinen Antrag ein neuer Termin zu bestimmen, für den es einer öffentlichen Bekanntmachung nicht bedarf (§§ 952, 954, 955). Ist der Antrag auf Erlaß des Urtheils gestellt, so hat das Gericht zu prüfen, ob es das Ausschlußurtheil erlassen darf. Die Zurückweisung des Antrages erfolgt durch einen der sofortigen Beschwerde unterliegenden Beschluß (§ 952). Ist der Antrag zwar begründet, ist aber eine Anmeldung erfolgt, durch welche das vom Antragsteller zur Begründung des Antrages behauptete Recht bestritten wird, so kann das

Digitized by Google

Gericht das Aufgebotsverfahren bis zur endgültigen Entscheidung über das angemeldete Recht aussetzen, es kann aber auch das Ausschlußurtheil erlassen, nur muß es in diesem Falle das angemeldete Recht vorbehalten (§ 953). Darin liegt nichts weiter als die Feststellung, daß eine Anmeldung erfolgt ist.

Das Ausschlußurtheil unterliegt einem Rechtsmittel nicht (§ 957). Bei der Einfachheit der regelmäßig in Frage stehenden Feststellungen liegt dazu kein Bedürfniß vor, und die Aufgebotsfrist würde durch Einlegung eines Rechtsmittels verlängert, jener Zustand der Ungewißheit also unnöthig ausgedehnt werden. Das Ausschlußurtheil hat aber in jedem Falle konstitutive Wirkung, es schafft einen Rechtszustand, der vielleicht vorher nicht vorhanden war, und kann demnach einen Zustand des Unrechts schaffen. Dieser Zustand kann nur durch eine Klage, die Anfechtungsklage, beseitigt werden. Aber damit nicht durch jede beliebige Rüge und nicht auf lange Zeit hinaus der Bestand des Urtheils in Frage gestellt werde, kann die Klage nur innerhalb der Nothfrist von einem Monat erhoben werden, welche mit dem Tage beginnt, an welchem der Kläger Kenntniß von dem Ausschlußurtheile bezw. dem Anfechtungsgrunde erhalten hat (§ 958), und sie kann nur auf einen der sechs vom Gesetz (§ 957) genannten Anfechtungsgründe gestützt werden. Sie ist bei dem Landgericht, in dessen Bezirk das Aufgebotsgericht seinen Sitz hat, zu erheben und gegen den Antragsteller zu richten. Es wird auf diese Weise auch hier die Garantie gegeben, welche im kontradiktorischen Verfahren liegt.

Eine Besonderheit des Aufgebotsverfahrens ist noch die, daß das Gericht die Verbindung mehrerer Aufgebote anordnen kann, auch wenn die Voraussetzungen der Prozeßverbindung (§ 147) im übrigen nicht vorliegen (§ 959).

Die reichsgesetzlich zugelassenen Fälle des Aufgebotsverfahrens sind folgende:

a) das Verfahren zum Zwecke der Todeserklärung eines Verschollenen. Meldet sich der Verschollene oder wird von einem Dritten die Anzeige erstattet, daß der Verschollene noch lebt (§ 964), so wird dargethan, daß das dem Verschollenen gehörige Vermögen noch dessen Rechten unterliegt und also nicht Gegenstand der Beerbung sein kann und daß die von ihm geschlossene Ehe noch besteht. Ueber das Verfahren siehe §§ 960—976 CPO.

Digitized by Google

b) Das Verfahren zum Zwecke der Ausschließung des Eigenthümers eines Grundstücks in dem Falle, daß das Grundstück sich seit 30 Jahren im Eigenbesitze eines Anderen befindet. Meldet sich in diesem Verfahren der Eigenthümer, so behält er sein Recht oder es kommt zu einem im Prozeßwege auszutragenden Widerstreit seines Rechtes und des Rechtes des Antragstellers. Meldet sich Niemand, so kann sich der Antragsteller auf Grund des Ausschlußurtheils als Eigenthümer in das Grundbuch eintragen lassen (§ 927 BGB). Ueber das Verfahren s. §§ 977—981 CPO.

c) Das Verfahren zum Zwecke der Ausschließung eines Hypotheken-, Grundschuld- oder Rentenschuldgläubigers. Ist nämlich der Gläubiger unbekannt, und sind seit der letzten Eintragung im Grundbuche 10 Jahre verstrichen, oder meldet sich der unbekannte Gläubiger nicht, um das Kapital zu erheben, und der Schuldner hinterlegt es (§§ 1170, 1171, 1192, 1199 BGB), so kann der Gläubiger aufgeboten werden, denn in diesen Fällen ist das Dasein eines Gläubigers ungewiß; meldet sich ein solcher, so ist die Ungewißheit behoben; meldet sich Niemand als Gläubiger, so erwirbt der Antragsteller in jenem Falle mit der Erlassung des Ausschlußurtheils die Hypothek, im letzteren Falle gilt der Gläubiger als befriedigt. Ueber das Verfahren s. §§ 982—87 CPO.[1])

d) Das Verfahren zum Zwecke der Ausschließung von Nachlaß-, Gesammtguts- und Schiffsgläubigern. Der Erbe bezw. der die Gütergemeinschaft fortsetzende überlebende Ehegatte bezw. der Erwerber eines Schiffes will Gewißheit über die Zahl und die Person der Nachlaß-, Gesammtguts- oder Schiffsgläubiger haben. Wer sich nicht meldet, verliert entweder die Befugniß zur Erhebung des entsprechenden Geldbetrages überhaupt (§ 765 HGB), oder er darf auf das verwiesen werden, was nach Befriedigung der angemeldeten Ansprüche verblieben ist (§§ 1970, 1973, 1489 BGB). Ueber das Verfahren s. § 989—1002 CPO.

e) Das Verfahren zum Zwecke der Kraftloserklärung von Urkunden verfolgt das Ziel, den gegenwärtigen Inhaber

---

[1]) Gleichem Zwecke dient und gleichen Grundsätzen unterliegt das Aufgebot zur Ausschließung des Berechtigten bei der Vormerkung, dem Vorkaufsrecht, der Reallast und dem Pfandrecht an Schiffen. § 988 CPO.

Digitized by Google

der Urkunde zu ermitteln und auf diese Weise entweder eine Entscheidung über die vom Inhaber und dem Antragsteller d. i. dem früheren Inhaber der Urkunde auf diese geltend gemachten Rechte zu ermöglichen oder festzustellen, daß auf die Urkunde Niemand Rechte geltend macht. Im letzteren Falle wird die abhanden gekommene Urkunde für kraftlos erklärt, und der Antragsteller wird befugt, auf Grund des Ausschlußurtheils die Rechte aus dem Papiere geltend zu machen (Vgl. darüber die ausführlichen Bestimmungen §§ 1003 bis 1023 CPO).

f) Ferner bleiben nach § 13 EG z. CPO die reichsgesetzlichen Bestimmungen über das Aufgebotsverfahren bestehen. Es sind dies § 6 des Gesetzes vom 9. November 1867, das Gesetz vom 12. Mai 1873, § 8 des Statuts der Reichsbank vom 21. Mai 1875.

g) Endlich enthalten die §§ 11 EG z. CPO, 1024 CPO Vorbehalte für die Landesgesetze.

V. Das frühere gemeine Recht kannte einen besonderen Arrestprozeß, die CPO dagegen behandelt den Arrest und die einstweilige Verfügung im Abschnitt 5 des achten Buches, also innerhalb der Lehre von der Zwangsvollstreckung, als ein Mittel zur Sicherung einer gefährdeten Zwangsvollstreckung oder als ein Mittel der Regelung eines einstweiligen Zustandes. Trotz dieser Stellung des Arrestes im System der CPO muß das Arrestverfahren doch als ein selbständiges, und zwar als ein von den Grundsätzen des ordentlichen Prozesses abweichendes Verfahren an dieser Stelle behandelt werden. Das Verfahren führt nie zu einer endgültigen Entscheidung über einen Privatrechtsanspruch, wie das Mahnverfahren, es führt auch niemals zur endgültigen Feststellung eines Zustandes, wie das Entmündigungsverfahren und das Aufgebotsverfahren, es dient allein der Durchführung des prozessualischen Anspruches auf Sicherung, es hat somit seinen Zweck erreicht, wenn die spätere Durchführung des privatrechtlichen Anspruches gesichert ist. Hieraus folgt, daß das Verfahren nicht bis zur Befriedigung des privatrechtlichen Anspruches ausgedehnt werden darf[1]).

[1]) S. die Anwendung, die RG 33, 421 von diesem Satze betreffs der Ueberweisung von Forderungen macht.

Digitized by Google

Während der Arrest die Zwangsvollstreckung einer Geldforderung oder eines solchen Anspruches, der in eine Geldforderung übergehen kann (§ 916), sichert, also den Zweck verfolgen soll, Befriedigungsmittel für die klägerische Forderung dem Zugriffe des Gläubigers offen zu halten, will die einstweilige Verfügung in dem einen Falle ihrer Anwendung den Streitgegenstand selbst festhalten (§ 935); in dem zweiten Falle ihrer Anwendbarkeit will sie in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältniß einen einstweiligen Zustand regeln und damit Rechtsbrüchen vorbeugen (§ 940). Der Arrest ist entweder:

a) persönlicher Sicherheitsarrest (§ 918) d. h. eine Beschränkung des Schuldners in seiner persönlichen Freiheit, oder
b) dinglicher Arrest (§ 917) d. h. eine Beschlagnahme von Vermögensgegenständen des Schuldners.

Der dingliche Arrest ist zulässig, wenn zu besorgen ist, daß ohne dessen Verhängung die Vollstreckung des Urtheils vereitelt oder wesentlich erschwert sein würde, der persönliche Sicherheitsarrest aber nur dann, wenn er erforderlich ist, die bereis gefährdete Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners zu sichern. Der dingliche Arrest will dem Schuldner die Verfügung über Vermögensstücke rechtlich unmöglich machen oder erschweren, er wird daher in bewegliches Vermögen durch Pfändung vollstreckt (§§ 930, 808, 828 ff), die regelmäßig in einer vorläufigen Wegnahme, in jedem Falle in der Belastung des Gegenstandes mit einem Pfandrechte besteht (vgl. auch § 931), in unbewegliches Vermögen dagegen durch Eintragung einer Sicherungshypothek vollzogen (§ 932). Der persönliche Sicherheitsarrest will dem Schuldner die Verfügung über sein Vermögen thatsächlich unmöglich machen, indem er ihn an einem bestimmten Orte festhält, er kann zur Inhaftnahme des Schuldners führen, sich aber mit einer geringeren Freiheitseinschränkung begnügen (§ 933); er ist, wie sich aus § 918 ergiebt, nur zulässig, wenn der dingliche Arrest nicht zum Ziele führt.

Die Eigenthümlichkeit des Arrestverfahrens[1]) besteht in jedem Falle darin, daß es nur zu einer sum-

[1]) Wo nichts Besonderes gesagt ist, bedeutet hier das Wort Arrestverfahren auch stets das Verfahren zum Zwecke des Erlasses einer einstweiligen Verfügung, Arrest auch die einstweilige Verfügung selbst.

Digitized by Google

marischen richterlichen Kognition und, wenn nach dieser das Begehren des Gläubigers genügend glaubhaft erscheint, nur zu einer vorläufigen Maßregel, dem Arrestbefehl oder der einstweiligen Verfügung, führt. Und zwar erfolgt, da in den meisten Fällen eine vorgängige Anhörung des Schuldners unzweckmäßig ist, diese summarische Kognition regelmäßig auf einseitiges Andringen des Gläubigers.

Das Verfahren zerfällt in die Anordnung und in die Vollziehung des Arrestes.

1) Das Verfahren beginnt mit der Einreichung des Arrestgesuches beim zuständigen Gericht (§ 920). Zuständig aber ist a) für den Arrest sowohl das Gericht der Hauptsache d. i. dasjenige Gericht, welches sachlich und örtlich zur Entscheidung über den Anspruch zuständig ist oder bei welchem die Klage wegen des Anspruchs in erster oder in zweiter Instanz anhängig ist (§ 943. RG 4, 405; 7, 323), als auch dasjenige Amtsgericht, in dessen Bezirke der mit Arrest zu belegende Gegenstand oder die in ihrer persönlichen Freiheit zu beschränkende Person sich befindet (§ 919). b) Zum Erlaß einstweiliger Verfügungen ist das Gericht der Hauptsache grundsätzlich allein zuständig (§ 937), und nur ausnahmsweise d. h. in dringenden Fällen kann das Amtsgericht, in dessen Bezirke sich der Streitgegenstand befindet, eine einstweilige Verfügung erlassen, es muß dann aber eine Frist bestimmen, innerhalb welcher der Antragsteller den Gegner zur mündlichen Verhandlung über die Rechtmäßigkeit des Arrestes zu laden hat (§ 942). Nur wenn die Eintragung einer Vormerkung oder eines Widerspruches gegen die Richtigkeit des Grundbuches oder des Schiffsregisters verlangt wird, kann das Amtsgericht, in dessen Bezirk sich das Grundstück oder der Heimathshafen oder der Heimathsort des Schiffes befindet, auch in nicht dringlichen Fällen die einstweilige Verfügung erlassen und braucht die Frist nur auf Antrag zu bestimmen (§ 942). Geht das Gesuch um Erlaß des Arrestbefehles oder der einstweiligen Verfügung an ein Kollegialgericht, so kann in dringenden Fällen, wenn eine vorherige mündliche Verhandlung nicht erforderlich scheint, der Vorsitzende an Stelle des Kollegiums entscheiden (§ 944).

Das Gesuch kann schriftlich eingereicht oder beim Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden, unterliegt also nicht dem Anwaltszwange (§§ 920, 936, 78). Das Gesuch

Digitized by Google

soll den Anspruch und den Arrestgrund bezeichnen und glaubhaft machen. Der Arrestanspruch (nicht zu verwechseln mit dem oben erwähnten prozessualischen Sicherungsanspruche) ist der gefährdete Privatrechtsanspruch, Arrestgrund ist die besorgnißerregende Thatsache.

Dem angerufenen Gericht steht es frei, der von ihm zu erlassenden Entscheidung eine mündliche Verhandlung vorangehen zu lassen, vom Schuldner dagegen hängt es ab, ob ihr eine mündliche Verhandlung nachfolgen soll. Ordnet das Gericht vor seiner Entscheidung die mündliche Verhandlung an, so ist die über das Gesuch erlassene Entscheidung ein Urtheil, entscheidet es ohne mündliche Verhandlung, so ist die Entscheidung Beschluß (§ 922). Das Urtheil erledigt das Arrestgesuch endgültig, der Beschluß ist nur eine vorläufige Anordnung. Um auch dann, wenn der Arrestbefehl in Gestalt eines Beschlusses ausgesprochen ist, eine endgültige Entscheidung herbeizuführen, bedarf es der nachfolgenden mündlichen Verhandlung; sie ist die Folge eines vom Arrestschuldner gegen den Beschluß etwa erhobenen Widerspruchs (§ 924). Lehnt also das Gericht erster Instanz das bei ihm angebrachte Arrestgesuch durch Beschluß ab, ordnet das Beschwerdegericht aber die mündliche Verhandlung an, so kann das Beschwerdegericht nur durch Urtheil entscheiden; erläßt es aber den beantragten Arrestbefehl ohne mündliche Verhandlung durch Beschluß, so kann die in Folge erhobenen Widerspruchs veranlaßte mündliche Verhandlung nur vor dem Gericht erster Instanz, an dessen Stelle das Beschwerdegericht entschieden hat, stattfinden, es kann also auch nur die erste Instanz das nun erforderliche Urtheil erlassen (RG 29, 396). Auch wenn mündlich verhandelt und also der Gegner gehört wird, ist die Kognition doch eine summarische, d. h. sie prüft nur die Glaubhaftigkeit. Wird das Arrestgesuch durch Beschluß zurückgewiesen, so ist die sog. einfache Beschwerde (nach § 567 in Verbindung mit § 928 CPO. RG 16, 366) gegeben, wird es durch Urtheil zurückgewiesen, so findet dagegen das etwa zulässige Rechtsmittel oder der Einspruch statt. Wird dem Arrestgesuche durch Beschluß stattgegeben, so steht dem Schuldner nur der Rechtsbehelf des Widerspruches, und wird ihm durch Urtheil stattgegeben, nur das etwa zulässige Rechtsmittel zu (§§ 922, 924).

Digitized by Google

In dem Arrestbefehle, gleichviel ob er in Form des Beschlusses oder des Urtheils erlassen ist, ist ein Geldbetrag festzustellen, durch dessen Hinterlegung der Schuldner das Recht erlangt, die Vollziehung des Arrestes zu hindern oder den Antrag auf Aufhebung des bereits vollzogenen Arrestes zu stellen. Maßgebend für die Bemessung der Summe ist nicht der Werth des arrestirten Gegenstandes, sondern der Betrag der zu sichernden Forderung. Wird der Betrag hinterlegt, so dient er der Sicherung und nach Feststellung des Arrestanspruches auch der Befriedigung des Gläubigers, selbst wenn die arrestirte Sache die Sicherheit nicht oder nicht voll gewährt haben würde (RG 20, 396). Anders bei der einstweiligen Verfügung; eine solche kann nur in besonderen Fällen durch Sicherheitsleistung beseitigt werden (§ 939). Denn der Arrest dient nur einem Geldinteresse, die einstweilige Verfügung aber dem Individualinteresse des Gläubigers gerade an dieser Maßnahme.

Das Gericht ist bei Anordnung des dinglichen Arrestes an die Anträge des Gläubigers gebunden. Der dingliche Arrest des gesammten dem Schuldner gehörigen Vermögens kann daher nur dann angeordnet werden, wenn dies entweder ausdrücklich beantragt oder wenn vom Gläubiger ein bestimmter Vermögensgegenstand nicht genannt ist. Bei Erlaß einer einstweiligen Verfügung aber bestimmt das Gericht nach freiem Ermessen, welche Anordnungen zur Erreichung des Zweckes erforderlich sind. Es kann daher insbesondere eine Handlung verbieten oder gebieten, namentlich die Verfügung über ein Grundstück untersagen, es kann anordnen, daß ein Gegenstand der Aufbewahrung oder Verwaltung eines Dritten überantwortet werde. Darum sind in Ehesachen (nach §627 CPO) einstweilige Verfügungen zulässig, welche die gegenseitige Unterhaltspflicht der Ehegatten, ihr Getrenntleben, die Sorge für die gemeinschaftlichen Kinder betreffen. Eine einstweilige Verfügung des zuletzt bezeichneten Inhalts ist aber erst zulässig, sobald der Termin zur mündlichen Verhandlung oder im Falle einer Scheidungsklage der Termin zum Sühneversuche bestimmt oder im Wege der Widerklage die Scheidung beantragt oder die Ehe angefochten ist. Bei Erlaß eines Arrestbefehls oder einer einstweiligen Verfügung kann das Gericht über die mangelnde Glaubhaftmachung des Arrestgrundes oder des Anspruches hinwegsehen, wenn der Antragsteller wegen der dem Gegner drohenden Nachtheile eine nach

Digitized by Google

freiem Ermessen bestimmte Sicherheit leistet. Es kann aber eine Sicherheitsleistung auch dann verlangen, wenn der Anspruch und der Arrestgrund glaubhaft gemacht sind (§ 921). In beiden Fällen wird die gerichtliche Entscheidung in bedingter Form abgefaßt („der Arrest ... wird angeordnet, falls der Antragsteller durch Hinterlegung von 500 Mark Sicherheit leistet"). Der Befehl kann also vor der Sicherheitsleistung nur nicht vollzogen werden. Da auch betreffs des Anspruches nur Glaubhaftmachung verlangt wird (§§ 920, 921), wird der Arrestbefehl stets unter der Voraussetzung des wirklichen Daseins dieses Anspruches erlassen. Doch kann der Antragsteller gezwungen werden, seinen Anspruch alsbald vollständig zu begründen, indem ihm das Gericht auf Antrag des Schuldners eine Frist setzt, innerhalb deren er die etwa noch nicht rechtshängige Klage zu erheben hat. Versäumt der Antragsteller die Frist, so ist auf Antrag der Befehl durch Urtheil aufzuheben (§ 926.) Ablehnung der Fristbestimmung giebt dem Schuldner die einfache Beschwerde (§ 567).

Hat das Gericht den Arrestbefehl durch Beschluß erlassen, so ist er von Amtswegen dem Antragsteller zuzustellen (§ 929 Abs. 2), welcher ihn seinerseits dem Gegner zuzustellen hat (§ 922 Abs. 2). Der Gegner kann aber aus dem Umstande, daß der Arrestbefehl dem Antragsteller formlos ausgehändigt worden ist, keinen Einwand gegen die Wirksamkeit des Beschlusses herleiten (RG 11, 403). Hinsichtlich des den Arrestbefehl enthaltenden Urtheils gilt nichts von den allgemeinen Grundsätzen abweichendes.

Der Widerspruch wird in der Weise erhoben, daß die widersprechende Partei den Antragsteller unter Mittheilung der Gründe, welche sie für die Aufhebung des Arrestes geltend machen will, zur mündlichen Verhandlung ladet. Ist das Gericht, vor welches die Ladung erfolgt, ein Kollegialgericht, so unterliegt der Widerspruch dem Anwaltszwange (§§ 924, 78).

Ein Arrestbefehl kann auf verschiedene Weise seine Kraft verlieren:

a) er erlischt von selbst, wenn er innerhalb einer zweiwöchigen Frist nicht vollzogen wird, mit Ablauf dieser Frist, und zwar mit der Folge, daß die spätere Vollziehung wirkungslos ist;

Digitized by Google

b) er wird aufgehoben,

aa) wenn der Antragsteller die ihm zur Klageerhebung gesetzte Frist versäumt hat, durch Urtheil des Amtsgerichts, auf Antrag des Schuldners (§ 926),

bb) wenn Umstände eingetreten sind, die ihn als nicht mehr gerechtfertigt erscheinen lassen, durch Urtheil des Amtsgerichts, oder bei Rechtshängigkeit der Hauptsache, durch Urtheil des Prozeßgerichts, auf Antrag des Schuldners (§ 927),

cc) wenn der im Befehle angegebene Geldbetrag hinterlegt wird und der Befehl bereits vollzogen ist, durch Beschluß des Vollstreckungsgerichts (§ 934).

2) Die Vollziehung des Arrestes unterliegt im allgemeinen den Grundsätzen über die Zwangsvollstreckung (§ 928) und wird deshalb auch dort erörtert werden. Hier sei nur bemerkt, daß die Vollziehung des Arrestbefehles durch Erhebung des Widerspruches nicht aufgehalten wird (§ 924), daß sie eine Vollstreckungsklausel nur dann voraussetzt, wenn sie gegen den Rechtsnachfolger des Schuldners betrieben werden soll und daß sie auch vor Zustellung des Arrestbefehles zulässig ist (§ 929). Da aber der Arrestbefehl nur in den zur Zeit seiner Erlassung vorhandenen Umständen seine Rechtfertigung findet, hört die Befugniß zur Vollziehung für den Antragsteller ohne weiteres auf, wenn seit dem Tage, an welchem der Befehl verkündet (Urtheil) oder dem Antragsteller zugestellt ist (Beschluß), zwei Wochen verflossen sind; eine spätere Vollziehung ist wirkungslos und macht als rechtswidrige Handlung ersatzpflichtig (§ 823 Abs. BGB).

2. Ort und Zeit der Prozeßhandlungen.

§ 37. Der Gerichtsort.

Die Eintheilung der Parteihandlungen in gerichtliche und außergerichtliche hat mit dem Gerichtsort nichts zu thun. Gerichtliche Parteihandlungen sind vielmehr diejenigen, welche sich an das Gericht wenden und dessen Thätigkeit unmittelbar bezwecken, außergerichtliche Handlungen da-

Digitized by Google

gegen diejenigen, welche eine Partei ausschließlich gegenüber der Gegenpartei oder gegenüber anderen Personen vornimmt. Die Eintheilung hat eine geringe praktische Bedeutung.

Die meisten und die wichtigsten Parteihandlungen können nur vor Gericht, also auch nur an dem Orte vorgenommen werden, wo dieses sich befindet. Von den Handlungen des Gerichts versteht sich dies von selbst. Dieser Ort ist regelmäßig die durch die Justizverwaltung ein- für allemal bestimmte Gerichtsstätte. Diese ist gemeint, wenn das Gericht durch eine Terminsbestimmung erklärt, daß eine bestimmte Prozeßhandlung vor oder von ihm vorgenommen werden solle. Daß eine Prozeßhandlung an einem anderen Orte vorgenommen werden soll, ist Ausnahme und bedarf der besonderen Bestimmung und des ausdrücklichen Hinweises der Betheiligten. Dies hat zu geschehen

1. in allen Fällen, in welchen einer der Landesherren oder ein Mitglied einer landesherrlichen Familie oder des vormaligen Hannoverschen Königshauses, des vormaligen Kurhessischen, des vormaligen Herzoglich Nassauischen Fürstenhauses oder ein Mitglied der fürstlichen Familie Hohenzollern vor Gericht erscheinen soll und von seinem Rechte, nicht an der Gerichtsstelle erscheinen zu müssen, Gebrauch macht;
2. wenn die Einnahme des Augenscheins an Ort und Stelle, die Verhandlung mit einer am Erscheinen an der Gerichtsstätte verhinderten Person oder eine sonstige Handlung erforderlich ist, welche an der Gerichtsstätte nicht vorgenommen werden kann (§ 219).

Der Ort, an welchem der Bestimmung des Richters (natürlich auch des beauftragten oder ersuchten) entsprechend eine richterliche Handlung vorgenommen wird, ist damit Gerichtsort. Es folgt hieraus, daß der Richter auch an dem von der Gerichtsstätte verschiedenen Gerichtsorte die Sitzungsdisziplin zu wahren hat (§ 182 GVG).

§ 38. Die Oeffentlichkeit.

Ist der Ort, an welchem Prozeßhandlungen vorgenommen werden, nicht für die unmittelbar Betheiligten, sondern für Jedermann in einer Weise zugänglich gemacht, daß die Prozeßvorgänge auch von diesen Anderen wahr-

Digitized by Google

genommen werden können, so ist das Verfahren ein öffentliches.

Obwohl die Oeffentlichkeit für den Civilprozeß eine sehr viel geringere Bedeutung hat als für den Strafprozeß, besteht sie doch auch für ihn, aber sie steht in untrennbarer Verbindung mit der Mündlichkeit. Nach § 170 GVG nämlich ist öffentlich nur:

1. die Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte, also die mündliche Verhandlung,
2. die Verkündung der Urtheile und Beschlüsse des erkennenden Gerichts.

Daraus folgt zunächst, daß jede Verhandlung vor dem beauftragten oder ersuchten Richter, und daß jede prozessuale Thätigkeit, die nicht ein Verhandeln zwischen dem Gericht und den am Prozesse betheiligten Personen (also Parteien, Zeugen, Sachverständigen) darstellt, nicht öffentlich ist. In den Fällen also, in denen das Gericht von der gesetzlich gegebenen Befugniß, ohne vorangegangene mündliche Verhandlung zu entscheiden, Gebrauch macht, empfängt es die erforderliche Kenntniß der Parteianträge und ihrer Begründung aus den Akten oder durch einen Vortrag des Vorsitzenden oder eines Gerichtsmitgliedes. Dieser Vortrag ist kein Verhandeln mit der Außenwelt, sondern eine Berichterstattung innerhalb des Gerichts und ist also nicht öffentlich. Aber auch da, wo grundsätzlich die Verhandlung eine öffentliche ist, kann die Oeffentlichkeit ausgeschlossen werden. Der Ausschluß erfolgt entweder von Amtswegen oder auf Parteiantrag. Von Amtswegen muß die Oeffentlichkeit ausgeschlossen werden in dem auf die Klage wegen Anfechtung oder Wiederaufhebung der Entmündigung wegen Geisteskrankheit eingeleiteten Verfahren, so lange der Entmündigte vernommen wird (§ 172 GVG), und es kann die Oeffentlichkeit ausgeschlossen werden für Verhandlungen jeder Art, wenn die öffentliche Verhandlung eine Gefährdung der Sittlichkeit oder der öffentlichen Ordnung besorgen läßt (§ 173). Auf Antrag muß die Ausschließung der Oeffentlichkeit erfolgen in Ehesachen (§ 171) und in dem ganzen wegen behaupteter Geisteskrankheit eröffneten Entmündigungsverfahren (§ 172). Wird ein solcher Antrag gestellt, so findet, sobald ein Betheiligter einen dahin gehenden Antrag stellt oder das Gericht es für angemessen erachtet, die Verhandlung hierüber in nicht öffentlicher Sitzung statt, der

Digitized by Google

die Oeffentlichkeit ausschließende Beschluß muß aber in jedem Falle öffentlich verkündet werden (§ 175).

Für die Urtheilsverkündigung kann die Oeffentlichkeit nicht vollständig, sie kann vielmehr auf Grund besonderen Beschlusses nur für die Verkündung der Urtheilsgründe oder eines Theiles der Gründe ausgeschlossen werden, eine Maßnahme, die sich im Civilprozeß dadurch vermeiden läßt, daß der Vorsitzende die Verkündung der Entscheidungsgründe überhaupt unterläßt (§§ 174 GVG. 311 CPO).

Auch wenn die Verhandlung eine öffentliche ist, kann der Zutritt zu ihr unerwachsenen und solchen Personen, welche sich nicht im Besitze der bürgerlichen Ehrenrechte befinden oder welche in einer der Würde des Gerichts nicht entsprechenden Weise erscheinen, versagt werden, während andererseits einzelnen Personen der Zutritt zu nicht öffentlichen Verhandlungen vom Gericht (d. i. vom Vorsitzenden event. durch Beschluß des Kollegiums) gestattet werden kann. Beamte der Justizverwaltung, welche mit den Obliegenheiten der Dienstaufsicht betraut sind, dürfen auch der nicht-öffentlichen Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte ohne besondere Erlaubniß, der Berathung und Abstimmung aber in keinem Falle beiwohnen (§§ 176, 195 GVG).

Das Gesetz betrachtet die Vorschriften über die Oeffentlichkeit des Verfahrens als so wichtig, daß es wegen Verletzung dieser Vorschriften die Revision (§ 551 Nr. 6 CPO), dagegen nicht auch die Nichtigkeitsklage zuläßt (§ 579).

§ 39. Termine und Fristen.[1])

1. Ein Termin ist derjenige Zeitpunkt, mit welchem die Vornahme einer Prozeßhandlung vor oder von dem Gericht oder einem anderen Rechtspflegeorgane beginnen soll.[2]) Es giebt Termine für Prozeßhandlungen vor dem Gericht, vor

[1]) Vgl. hierzu O. Fischer in Rassow u. Küntzel Beitr. Bd. 25 S. 620 ff. Schultze: Von den prozessualen Zeitbestimmungen. 1887.

[2]) Die Termine als „Zeiträume zu bezeichnen, innerhalb deren die Parteien die Möglichkeit haben, vor Gericht zu handeln" (Schmidt: Lehrbuch, S. 310) widerspricht der Gepflogenheit, nicht einen Zeitraum (z. B. von 9—12 Uhr), sondern einen Zeitpunkt festzusetzen (10 Uhr), an welchem die Handlung beginnen soll. Daß die Vornahme der Handlung einen Zeitraum ausfüllt, ist selbstverständlich, und kann auf die Begriffsbestimmung keinen Einfluß haben.

Digitized by Google

dem beauftragten oder ersuchten Richter, vor dem Gerichtsschreiber, vor dem Gerichtsvollzieher (§ 816); im Folgenden wird nur von den richterlichen Terminen gehandelt werden.

Die Terminsbestimmung ist Sache der richterlichen Prozeßleitung. Mit diesem Grundsatze hat sich die CPO in Gegensatz zum Rollenwesen des französischen Rechtes gesetzt und das gemeinrechtliche System beibehalten. Davon, daß nur in richterlich anberaumten Terminen gehandelt werden darf, macht die Befugniß der Parteien, am ordentlichen Gerichtstage d. h. innerhalb der Geschäftsstunden dieses Tages, ohne Ladung und Terminsbestimmung vor dem Amtsgericht zu erscheinen und den Rechtsstreit zu verhandeln (§ 500), eine Ausnahme.

Die Terminsbestimmung erfolgt durch den Richter, vor welchem die Prozeßhandlung vorgenommen werden soll d. i. durch den Vorsitzenden, wenn der Termin vor einem Kollegialgericht, durch den beauftragten oder ersuchten Richter, wenn der Termin vor diesem stattfinden soll. Nur wenn ein vorbereitendes Verfahren oder eine Beweisaufnahme vor dem beauftragten Richter stattfinden soll, bestimmt der Vorsitzende bei Verkündung des Beschlusses, daß ein solches Verfahren angeordnet sei, den Termin, der zur Erledigung des Beschlusses vor dem beauftragten Richter stattfinden soll (§§ 349, 361)[1]).

Die Terminsbestimmung geschieht auf Antrag einer Partei oder von Amtswegen. Die beantragte Bestimmung bildet die Regel, die Offizialbestimmung die Ausnahme. Der Antrag wird in der Weise gestellt, daß die Partei, welche mündlich verhandeln will, einen mit einer Ladung versehenen Schriftsatz zum Zwecke der Terminsbestimmung bei Gericht einreicht. In diesem Falle ist es Sache des bestimmenden Richters, sein Prozeßleitungsamt dahin auszuüben, daß er die formale Voraussetzung der Terminsbestimmung d. h. das Vorhandensein einer Ladung und die Beachtung der Vorschriften über den Anwaltszwang prüft und den Termin so anberaumt, daß eine etwa einzuhaltende Frist (Einlassungs- oder Ladungsfrist) gewahrt werden kann, aber auch nicht zu stark überschritten wird (§§ 214, 215, 253, 261).

[1]) Die Terminsbestimmung kann allerdings auch durch den beauftragten Richter erfolgen. Dadurch werden aber besondere Ladungskosten verursacht.

Digitized by Google

Eine weitere Prüfung hat der bestimmende Richter nicht vorzunehmen, denn alle sonstigen Mängel der Ladungsschrift können durch Unterlassung der Rüge geheilt werden (§295). Ist von Amtswegen ein Termin zu bestimmen, so hat der Richter das Vorhandensein der Voraussetzungen für diese Bestimmung zu prüfen z. B. ob die durch einen beauftragten oder ersuchten Richter bewirkte Beweisaufnahme in der That beendet ist (§ 370).

Die Terminsbestimmung erfolgt entweder:

a) durch Verkündung, wenn die Terminsanordnung in eine gleichzeitig verkündete Entscheidung aufgenommen wird (§ 218 z. B. der Vorsitzende verkündet einen Beweisbeschluß und mit diesem den Termin, in welchem die Beweisaufnahme erfolgen soll. § 370);

b) schriftlich, und zwar im Falle einer Ladung durch einen auf den Ladungsschriftsatz zu setzenden Vermerk (§ 216), und im Falle der Offizialanberaumung durch einen in die Gerichtsakten zu setzenden Vermerk. Dementsprechend erfolgt auch die Bekanntmachung der Termine. Der verkündete Termin wird durch die Verkündung, der schriftlich bestimmte durch Zustellung der Ladung bekannt gemacht (§§ 214, 216, 218).

Alle Termine wirken grundsätzlich peremptorisch, denn die Versäumniß eines Termines hat den Ausschluß der Partei mit der vorzunehmenden Prozeßhandlung zur Folge (§ 230). Hierüber ausführlich in der Lehre von der Versäumniß. Dilatorische Termine d. h. solche, deren Versäumung nicht den Ausschluß mit der vorzunehmenden Prozeßhandlung, sondern nur die Aufforderung zur Vornahme der Handlung in einem anderen Termine (und daneben vielleicht einen Rechtsnachtheil untergeordneter Art wie die Tragung der Kosten) zur Folge hat, bilden die Ausnahme. Sie greift Platz bei dem ersten im vorbereitenden Verfahren anberaumten Termine (§ 351), bei dem ersten Verhandlungstermine in Ehe-, Kindschafts- und Entmündigungssachen (§§ 618, 640, 641, 670, 679, 686), und zwar dort zu Gunsten des Klägers oder des Beklagten, hier nur zu Gunsten des Beklagten. Dilatorisch ist ferner der Prüfungstermin im Konkursverfahren, da Gläubiger, welche ihre Forderungen nach dem Termine anmelden, die Anberaumung eines neuen Termines unter Kostenlast verlangen können (§ 142 Abs. 3 KO). Dilatorisch sind natürlich auch die-

Digitized by Google

jenigen Termine, welche für das Erscheinen nicht am Prozeß betheiligter Personen, der Zeugen und Sachverständigen, bestimmt sind. Denn diese Personen nehmen nicht eine Prozeßhandlung vor, sie können also mit einer solchen auch nicht ausgeschlossen werden, vielmehr trifft sie nur Kostenlast und Strafe (§§ 380, 409 CPO).

Die Aufhebung eines Termins kann erfolgen:

a) durch Parteivereinbarung, denn durch eine solche kann sogar das ganze Verfahren zum Stillstand gebracht werden (§ 227 Abs. 1),

b) durch Anordnung des Richters d. i. des Gerichts (nicht des Vorsitzenden) oder des beauftragten oder ersuchten Richters (§§ 227/229), und zwar auf Antrag oder von Amtswegen. Die richterliche Aufhebung des Termins bedeutet (wie der Wortlaut des § 227, 228 besagt) stets eine Verlegung des Termins d. h. die gleichzeitige Anordnung, daß ein anderer Termin anberaumt werden soll. Ueber das Terminsverlegungsgesuch kann ohne mündliche Verhandlung, und ohne vorherige Anhörung des Gegners, wird jedoch eine abermalige Verlegung desselben Termins beantragt, nur nach Anhörung des Gegners entschieden werden (§§ 227 Abs. 2, 225). Es kann nur durch die Glaubhaftmachung erheblicher Gründe gestützt werden. Der Beschluß, welcher dem Gesuche stattgiebt, ist ebenso unanfechtbar wie derjenige, der das Gesuch zurückweist (§ 227 Abs. 2, 225 Abs. 3). Uebrigens ist von einer Terminsverlegung immer nur die Rede, wenn der Termin bestimmt und den Parteien mitgetheilt ist, der Termin aber noch nicht begonnen hat. Denn solange die Parteien von dem Termine keine Kenntniß haben, handelt es sich nur um eine Abänderung des Vermerks, wozu der Vorsitzende ohne weiteres befugt ist, und nach Beginn des Termins handelt es sich um Vertagung oder um Anberaumung eines Termins zur Fortsetzung der Verhandlung.

2. Die Fristen. Unter einer Frist versteht man im Prozeß einen Zeitraum, welcher für die prozessualische Thätigkeit gewährt ist. Da sowohl die Parteien als auch das Gericht Prozeßhandlungen vorzunehmen haben, so kann man von Fristen für Parteihandlungen und auch von Fristen für richterliche Handlungen sprechen. Der letzteren sind wenige (§ 315 Abs. 2, 316, 216 Abs. 1, 571 CPO), und auch diese wenigen haben nur die Bedeutung einer an die Gerichtspersonen gerichteten Aufforderung; ihre Versäumung hat daher keinen

Digitized by Google

Rechtsnachtheil zur Folge; man bezeichnet sie deshalb als uneigentliche Fristen, und im folgenden wird nur von den Parteihandlungsfristen die Rede seiu.

Diese sind entweder richterliche oder gesetzliche, je nachdem ihre Länge durch richterliche Verfügung oder durch Gesetzesvorschrift bestimmt wird. Davon macht nur die Einspruchsfrist im Falle des § 339 eine Ausnahme; es wird nur, wenn das Versäumnißurtheil im Auslande oder durch öffentliche Bekanntmachung zuzustellen ist, vom Gericht die Länge der Einspruchsfrist bestimmt. Eine besondere Art der gesetzlichen Fristen sind die Nothfristen: sie können weder verlängert noch abgekürzt werden und laufen auch während der Gerichtsferien. Nothfristen sind aber nur die vom Gesetz als solche bezeichneten[1]).

Eine andere, aber vom Gesetz nicht ausdrücklich hervorgehobene Unterscheidung ist die in Vorbereitungs- oder Zwischenfristen und in Handlungs- oder Ausschlußfristen[2]).

a) Die Vorbereitungs- oder Zwischenfrist hat den Zweck, Prozeßhandlungen durch einen für die Vorbereitung der Partei bestimmten Zeitraum von einander zu trennen. Diese Fristen führen also eine Verlangsamung des Prozeßganges herbei, sind aber zum Zwecke vollständiger Parteierklärung und also gründlicher Entscheidung durchaus nothwendig und können daher in keinem Prozeßsystem entbehrt werden. Solche Fristen sind:

aa) die Einlassungsfristen d. h. diejenigen vom Gesetz in ihrem Mindestmaaß bestimmten Zeiträume, welche zwischen der Zustellung der Klage-, Berufungs- oder Revisionsschrift und dem ersten zur mündlichen Verhandlung in der betreffenden Instanz anberaumten Termine liegen müssen; sie sind gesetzliche Fristen und betragen

α) im gewöhnlichen Prozeß, im Urkundenprozeß und bei allen Prozessen mit Ausnahme des Wechselprozesses in der höheren Instanz zwei Wochen (§§ 262, 520, 555),

β) in Meß- und Marktsachen sowohl beim Landgericht als auch beim Amtsgericht 24 Stunden (§§ 262, 498),

γ) im amtsgerichtlichen Prozeß 3 Tage, wenn die Zustellung im Bezirk des Prozeßgerichts, eine Woche, wenn sie

---

[1]) §§ 339, 466. 516, 552, 577, 586, 958, 1044 CPO.

[2]) Vgl. Schmidt: Lehrbuch S. 308 ff. Stein: Ztschft. f. CP 12, 411.

Digitized by Google

außerhalb dieses Bezirkes, aber im deutschen Reiche erfolgt (§ 498),

δ) im Wechselprozeß 24 Stunden, wenn die Klage am Sitze des Prozeßgerichts, drei Tage, wenn sie an einem andern Orte innerhalb des Landgerichtsbezirks, in welchem das Prozeßgericht seinen Sitz hat, und eine Woche, wenn sie an einem andern deutschen Orte zugestellt wird (§ 604).

bb) Die Ladungsfristen d. h. diejenigen vom Gesetz in ihrem Mindestmaaß bestimmten Zeiträume, welche in einer anhängigen Sache zwischen der Zustellung einer Ladung und dem Terminstage liegen sollen (§ 217). Diese Frist beträgt in Anwaltsprozessen eine Woche, in anderen Prozessen 3 Tage in Meß- und Marktsachen 24 Stunden, im Mahnverfahren 3 Tage und im Wechselprozeß so viel wie die Einlassungsfrist, es sei denn daß die Ladungsfrist nach den allgemeinen Bestimmungen kürzer sein würde (§§ 217, 604, 696).

Diejenige Partei, welche eine Ladung bewirken will, hat daher für so schleunige Zustellung Sorge zu tragen, daß dem Geladenen, nicht ihr selbst, die Einlassungs- oder Ladungsfrist gewahrt bleibt. Diese Wahrung bildet ein prozessualisches Recht des Geladenen. Denn wird die Frist nicht gewahrt, so ist die Folge, daß gegen ihn bei seinem Nichterscheinen Versäumnißurtheil nicht erlassen werden darf (§ 335 Nr. 2), daß die Vertagung der Verhandlung auf Kosten des Ladenden geschehen (§ 95), daß aber im Falle des Erscheinens des Geladenen die Verhandlung erfolgen darf, wenn dieser von seinem Rügerechte keinen Gebrauch macht.

cc) Die Fristen, welche für die Zustellung vorbereitender Schriftsätze bestimmt sind (§ 132). Die Nichteinhaltung dieser Fristen kann zu einer Vertagnng der Verhandlung, zur Auferlegung der hierdurch entstehenden Kosten (§ 95) sowie zur Festsetzung einer Strafgebühr führen, aber ein Recht auf die Vertagung besteht nicht, vielmehr erfolgt diese von Amtswegen oder auf Antrag nach Erwägung der Umstände.

b) Die Handlungs- oder Ausschlußfrist hat den Zweck, dem prozessualischen Handeln der Parteien eine Grenze zu setzen, also den Prozeß abzukürzen. Die Folge ist, daß die Handlung, für welche die Frist gewährt war, nach Ablauf der Frist nicht mehr vorgenommen werden darf. Hierher gehören insbesondere die Nothfristen.

Digitized by Google

Die gesetzliche Frist beginnt zu laufen mit dem Eintritt desjenigen prozessualischen Vorganges, an den das Gesetz den Fristbeginn knüpft (z. B. mit der Anheftung eines Schriftstückes an die Gerichtstafel § 206, mit der Zustellung einer Ladung §§ 207, 262); die richterliche Frist beginnt mit der Bekanntmachung der die Frist setzenden Entscheidung, also entweder mit der Verkündung oder der Zustellung des die Verfügung enthaltenden Schriftstückes (§ 221). Wird die Frist, sei es die gesetzliche oder die richterliche, durch eine Zustellung in Lauf gesetzt, so begrenzt sie das Handeln, nicht blos derjenigen Partei, welcher zugestellt wird, sondern auch derjenigen, welche zugestellt hat (§ 221 Abs. 2). Wenn also der mit einem Theile seines Anspruches abgewiesene Kläger das Urtheil dem Beklagten zustellt, so kann auch der Kläger nur innerhalb der damit in Bewegung gesetzten Berufungsfrist Berufung einlegen.

Die Berechnung der Frist erfolgt nach den Vorschriften des BGB (§§ 187—192). Danach gelten auch für den Prozeß folgende Grundsätze:

a) der Tag, in welchen das die Frist in Lauf setzende Ereigniß fällt (also z. B. die Zustellung), wird nicht mitgerechnet (§ 187 BGB). Davon machen natürlich diejenigen Fristen eine Ausnahme, welche nach Stunden berechnet werden (vgl. auch § 187 Abs. 2 BGB).

b) Eine nach Tagen bestimmte Frist endigt mit dem Ablaufe des letzten Tages, eine Frist, die nach Wochen, Monaten, Jahren bestimmt ist, mit dem Ablaufe des Tages, welcher dieselbe Benennung oder dieselbe Zahl trägt, wie derjenige Tag, in welchen das die Frist in Lauf setzende Ereigniß fiel. Wird also das Urtheil am 1. November zugestellt, so endet die einen Monat betragende Berufungsfrist mit Ablauf des 1. Dezember, wurde aber am 31. Oktober zugestellt, so endet gemäß § 188 Abs. 3 die Berufungsfrist mit Ablauf des 30. November.

Fällt hiernach das Ende einer Frist auf einen Sonntag oder allgemeinen Feiertag, so endigt die Frist erst am nächstfolgenden Werktage (§ 222 Abs. 2 CPO als Ausdehnung von § 193 BGB), aber selbst bei Berechnung einer nach Stunden bestimmten Frist, die im Gegensatze zu der sonst allgemein geltenden Civilkomputation natürlich a momento ad momentum zählt, werden Sonntage und allgemeine Feiertage nicht mitgerechnet. Dieselbe Auffassung hat das

Digitized by Google

Gesetz betreffs der Gerichtsferien. Denn da auch die Ferien einen Stillstand der Prozeßthätigkeit herbeiführen, hemmen sie den Lauf der Fristen mit Ausnahme der Fristen in Feriensachen, der nach Jahren bestimmten Zeiträume und insbesondere mit Ausnahme der Nothfristen. Die Ferien werden also bei Berechnung der Frist nicht mitgezählt, und fällt das die Frist in Lauf setzende Ereigniß in die Ferien, so beginnt die Frist erst mit dem Ende der Ferien (§ 223)[1].

Die gesetzlichen Fristen sind: a) Stundenfristen (§§ 217, 262, 498, 604); sie sind nach obigem hinsichtlich der Sonn- und Feiertage tempus utile; b) Tages-, Wochen- und Monatsfristen. Dagegen bezeichnet das Gesetz die nach Jahren bemessenen Zeiträume nicht als Fristen (§§ 234, 586, 620, 958, 1044); sie laufen also durch die Gerichtsferien hindurch.

Alle Fristen, mit Ausnahme der Nothfristen, können verlängert oder abgekürzt werden und zwar:

a) durch Vereinbarung der Parteien,

b) durch das Gericht auf Antrag einer Partei, und zwar in jedem Falle nur wenn erhebliche Gründe glaubhaft gemacht sind, gesetzliche Fristen außerdem nur in den besonders zugelassenen Fällen (§§ 224, 134, 206, 226). Ueber den Antrag entscheidet das Gericht (nicht der Vorsitzende), ohne daß es einer mündlichen Verhandlung bedarf, und zwar wenn es den Verlängerungsantrag abweist, unanfechtbar[2]. Die Abkürzung oder wiederholte Verlängerung kann nicht ohne vorheriges Gehör des Gegners beschlossen werden (§ 225).

Eine Ausnahme hiervon macht die Abkürzung der oben genannten Zwischenfristen, und zwar insofern als sie

aa) erfolgen darf ohne Glaubhaftmachung erheblicher Gründe,

bb) durch den Vorsitzenden bei der Terminsbestimmung ohne vorheriges Gehör des Gegners (§ 226).

Wird die Abkürzung in der Weise erstrebt, daß der bereits angesetzte Verhandlungstermin auf einen früheren

---

[1] Die Berechnung wird in der Weise vorgenommen, daß zunächst das Ende der Frist ohne Rücksicht auf den Umstand, daß die Ferien hemmen, festgestellt, daß dann diejenigen Tage, welche in die Ferien fallen, abgezogen und an das Ende der Ferien angesetzt werden. Danach verwandeln die Ferien eine jede Frist in eine nach Tagen bestimmte.

[2] Wird das Abkürzungsgesuch abgewiesen, einfache Beschwerde; wird dem Antrage stattgegeben, keine Beschwerde (§ 567).

Digitized by Google

Zeitpunkt anberaumt wird, so kommen nicht die Vorschriften über die Terminsverlegung, sondern die hier erörterten Vorschriften über Abkürzung der Fristen zur Anwendung (§§ 226, 227).

Wird eine Frist verlängert, so wird die neue Frist im Zweifel von dem Ende der vorher bestimmten Frist gerechnet (§ 224).

§ 40.

Unterbrechung und Aussetzung des Verfahrens.

Die Erledigung des Prozesses erfolgt regelmäßig durch Urtheil, ausnahmsweise durch Vergleich oder durch Zurücknahme der Klage. In allen diesen Fällen wird das Prozeßrechtsverhältniß gelöst. Ein bloßer Stillstand im regelmäßigen Fortgange der Prozeßhandlungen bei Fortdauer des Prozeßrechtsverhältnisses kann herbeigeführt werden nicht nur durch einen Willensentschluß der Parteien, sondern auch durch eine Anordnung des Gerichts wie endlich auch durch außerhalb des Willens der Parteien oder des Richters liegende Ereignisse.

1. Knüpft das Gesetz den Eintritt des Prozeßstillstandes unmittelbar an den Eintritt eines Ereignisses, so spricht man von Unterbrechung des Verfahrens, in diesem Falle ist es jene Thatsache allein, nicht etwa der durch sie bestimmte Wille der Partei oder des Richters, was unterbrechend wirkt. Daher kommt es auch nicht darauf an, ob Partei oder Richter von der Thatsache Kenntniß erlangt hat oder nicht (RG 19, 399). Eine solche Wirkung wohnt nur denjenigen Ereignissen bei, welche einer oder beiden Parteien die Vornahme wirksamer Prozeßhandlungen unmöglich machen, welche also, wenn sie nur eine Partei betreffen, zur Folge haben, daß diese Partei der anderen unvertheidigt gegenüber stehen würde. Diese Ereignisse sind:

a) der Tod oder der Verlust der Prozeßfähigkeit einer Partei (§ 239),

b) der Tod oder der Verlust der Vertretungsbefugniß des gesetzlichen Vertreters der Partei bei Fortdauer der Prozeßfähigkeit dieser (§ 241 Abs. 1),

c) in dem Falle, daß der Erbe einen den Nachlaß betreffenden Prozeß führt, die Anordnung einer Nachlaßverwaltung (§ 241 Abs. 2);

d) in dem Falle, daß der Vorerbe über einen Nachlaßgegenstand, über den er verfügen darf, einen Prozeß mit

Digitized by Google

einem Dritten führt, der Eintritt der Nacherbfolge (§ 242). In allen diesen Fällen aber tritt eine Unterbrechung nicht ein, wenn diejenige Partei, in deren Person das Ereigniß sich zutrug, durch einen Prozeßbevollmächtigten vertreten war oder vertreten ist, denn keines dieser Ereignisse nimmt diesem die Befugniß, den Prozeß weiter zu führen (§§ 246, 86). Daß im Falle zu a der Erbe, und im Falle zu b die prozeßunfähige Partei vorerst nicht in der Lage ist, den Prozeß weiterzuführen, bedarf keiner Erörterung; im Falle c würde die Fortführung des Prozesses durch den Erben, dem durch die angeordnete Nachlaßverwaltung die Verfügung über den Nachlaß entzogen wird (§ 1984 BGB), den Interessen der Nachlaßgläubiger widersprechen, und im Falle d erscheint es zweckmäßig, da auch hier (wie unter c) der Vorerbe das Interesse am Nachlaß und daher an der Prozeßführung verliert, den Eintritt der Nacherbfolge ebenso zu behandeln wie den Eintritt einer Universalsuccession gegenüber dem Vorerben. Ist aber ein Prozeßbevollmächtigter vorhanden, dessen Vollmacht nicht erlischt, der also dafür zu sorgen hat, daß auch die Interessen des Nachfolgers gewahrt werden, so ist eine im Sinne des Nachfolgers liegende Prozeßführung genügend gewährleistet.

Die Unterbrechung wird ferner herbeigeführt:

e) durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen einer Partei (§ 240), falls es sich um einen die Konkursmasse betreffenden Prozeß handelt, denn mit diesem Ereignisse erlischt nicht nur das Interesse des Gemeinschuldners an der Verwaltung, sondern die Befugniß zur Verfügung über sein Vermögen (§ 6 KO);

f) durch den Tod oder die Unfähigkeit des Rechtsanwalts einer Partei zur Vertretung dieser, falls es sich um einen Anwaltsprozeß handelt, denn bis zur Bestellung eines neuen Anwalts kann die Partei Prozeßhandlungen, die dem Anwaltszwange unterliegen, nicht vornehmen (§ 244);

g) durch die Einstellung der Gerichtsthätigkeit im Falle eines Krieges oder eines anderen Ereignisses (§ 245).

2. Ordnet das Gericht den Prozeßstillstand an, so spricht man von Aussetzung des Verfahrens. Die Aussetzung ist eine Maßnahme der Prozeßleitung und wird daher geübt nach Zweckmäßigkeitsrücksichten, sie kann aber überhaupt nur in den vom Gesetze zugelassenen Fällen in Frage kommen. Sie ist zugelassen:

Digitized by Google

a) In den unter 1 genannten Fällen (a — d), in welchen wegen des Vorhandenseins eines Prozeßbevollmächtigten keine Unterbrechung stattfindet (§ 246); denn es kann sehr wohl im Interesse der neuen Partei oder des neuen Vertreters und auch in dem des Prozeßgegners liegen, zu der möglicherweise veränderten und auf eine andere Prozeßerledigung Aussicht gewährenden Sachlage Stellung zu nehmen; es bedarf deshalb in diesen Fällen eines Antrages.

b) Im Falle es der Partei unmöglich ist, mit dem Prozeßgericht zu verkehren (Kriegsdienst, Verkehrssperre bei ansteckenden Krankheiten u. s. w); hier kann das Gericht auch von Amtswegen aussetzen (§ 247).

c) Endlich verweist das Gesetz (§ 252) auf die anderen in der CPO besonders bezeichneten Fälle. Dies sind der Fall der Hauptintervention (§ 65), der der Abhängigkeit des Prozesses von einem anderen Verfahren (§§ 148, 149), der der Möglichkeit einer Aussöhnung der im Ehescheidungsprozesse stehenden Parteien (§§ 620, 621), der der Anmeldung von Rechten im Aufgebotsverfahren (§ 953).

Der über die Aussetzung erlassene Beschluß unterliegt in jedem Falle der Beschwerde, und falls er die Aussetzung ablehnt, der sofortigen Beschwerde (§ 252). Die Beschwerde hört aber auf zulässig zu sein, wenn die Fortsetzung des Verfahrens zu einem Endurtheil geführt hat. Denn in diesem Falle ist, wie im Eingange zu diesem Paragraphen gesagt ist, der Rechtsstreit erledigt, und das Urtheil ist nur durch Berufung oder Revision angreifbar; und ist ein Versäumnißurtheil ergangen, so ist die Beschwerde nur so lange zulässig als noch der Einspruch möglich ist.

3. Beruht der Stillstand des Prozesses auf dem Willen der Parteien, so spricht man von einem Ruhen des Verfahrens. Der Wille kann sich in einer ausdrücklichen Vereinbarung bethätigen, oder dadurch zum Ausdruck kommen, daß die Parteien in einem Termine zur mündlichen Verhandlung nicht erscheinen (§ 251), oder daß auch nur eine Partei nicht erscheint und die andere keine Anträge stellt, denn auch in diesem Falle unterläßt die erschienene Partei die Vornahme von Prozeßhandlungen.

Der Prozeßstillstand hat die Wirkung, daß jede auf die Prozeßerledigung gerichtete Thätigkeit der Parteien und des Gerichts nicht nur thatsächlich aufhört, sondern unzulässig wird. Die Folge ist, daß jede während des Stillstandes

Digitized by Google

vorgenommene Prozeßhandlung unwirksam ist (§ 249 Abs. 2). Eine Ausnahme macht bei eingetretener Unterbrechung des Verfahrens die bloße Verkündung einer Entscheidung; diese Verkündung darf stattfinden, wenn die mündliche Verhandlung, auf Grund deren die Entscheidung zu erlassen ist, vor der Unterbrechung geschlossen war. Das Gesetz will aber nur so viel erreichen, daß keine Partei aus den während des Stillstandes vorgenommenen Prozeßhandlungen Vortheile gegen die andere Partei herleite. Die benachtheiligte Partei kann daher auf das Recht, die Unwirksamkeit der Handlung (z. B. einer Zustellung, einer Beweisaufnahme) zu rügen, verzichten.

Die Fristen hören auf, und beginnen nach Beendigung des Stillstandes von neuem zu laufen; auf Nothfristen aber hat das bloße Ruhen des Prozesses keinen Einfluß, weil die Parteien eine Abkürzung oder Verlängerung der Nothfristen nicht vereinbaren können (§§ 251, 224). War also ein Urtheil am 1. November zugestellt, darauf das Verfahren am 10. November unterbrochen oder ausgesetzt und am 2. Dezember aufgenommen, so beginnt mit diesem Tage die Rechtsmittelfrist von neuem, als ob an diesem Tage zugestellt worden wäre; haben die Parteien aber am 10. November das Ruhen des Prozesses vereinbart, so ist mit Ablauf des 2. Dezember das Urtheil rechtskräftig und der Prozeß trotz jener Abrede zu Ende.

Das Aufhören des Stillstandes richtet sich nach dem Ereignisse, das diesen selbst herbeigeführt hatte. War also eine Unterbrechung in Folge eines Ereignisses eingetreten, das für eine Partei die Unmöglichkeit weiteren Prozedirens nach sich gezogen hatte, so bedarf es nach Hebung des Hindernisses nur der einseitigen Erklärung dieser Partei, daß sie den Prozeß aufnehme. Im Falle des Todes einer Partei geht diese Erklärung von den Rechtsnachfolgern (§ 239), im Falle des Konkurses vom Verwalter, vom Gemeinschuldner oder von dessen Gegner (§ 10, 11, 144, 146 KO) aus [1]). Denn in diesen Fällen hängt die Fortsetzung des

[1]) Im Falle des Konkurses ist zu unterscheiden:
1) Rechtsstreitigkeiten, welche für den Gemeinschuldner anhängig sind, d. h. solche, in denen der Gemeinschuldner einen Anspruch gegen einen Dritten behauptet. Sie können vom Verwalter, und nur wenn dieser die Aufnahme ablehnt, vom Gemeinschuldner oder dem Gegner aufgenommen werden. Nimmt der Verwalter den Prozeß auf, so wird dieser für die Masse geführt, wird er vom Gemeinschuldner oder vom

Digitized by Google

Prozesses von dem Willen der hierzu berufenen Person ab (vgl. auch § 242 CPO). In anderen Fällen (§§ 241. 243, 244) genügt eine Anzeige an den Gegner. Diesem selbst ist ein Mittel gewährt, die Fortsetzung des Prozesses nach Hebung des Hindernisses in der Weise herbeizuführen, daß er die zur Fortsetzung des Prozesses befugte Person zur Abgabe einer Erklärung nöthigt, d. h. er kann die Rechtsnachfolger (§ 239) oder die Partei selbst (§ 244) zur Aufnahme des Prozesses laden bezw. zur Bestellung eines neuen Anwalts auffordern. Wird der Ladung bezw. Aufforderung nicht entsprochen, so „gilt" nach dem Gesetz die Rechtsnachfolge als zugestanden bezw. der Rechtsstreit als aufgenommen. Die Folge ist, daß nunmehr auf Antrag des Ladenden Versäumnißurtheil gegen den Geladenen erlassen, daß dies aber durch Einspruch zu dem Zwecke angefochten werden kann, den Widerspruch des Geladenen gegen seine angebliche Rechtsnachfolge geltend zu machen.

Der durch einen Aussetzungsbeschluß herbeigeführte Prozeßstillstand endet mit einem auf Fortsetzung des Verfah-

---

Gegner aufgenommen, so geht er die Masse nichts an (RG 41, 134). Hatte also der Gemeinschuldner auf Rückzahlung eines Darlehns geklagt und der Verwalter die Aufnahme abgelehnt, der Gemeinschuldner aber die Aufnahme erklärt und den Prozeß gewonnen, so fällt die beigetriebene Darlehnssumme nicht in die Masse.

2) Rechtsstreitigkeiten, welche gegen den Gemeinschuldner anhängig sind, d. h. solche, in denen ein Anspruch gegen den Gemeinschuldner behauptet wird, betreffen entweder:

a) Solche Forderungen, die nach Eintritt des Konkurses gewöhnliche Konkursforderungen sind (§ 3 KO); der Prozeß wird unterbrochen, meldet der Kläger aber seine behauptete Forderung an und wird sie weder vom Verwalter noch von einem andern Gläubiger bestritten, so ist sie für das Konkursverfahren festgestellt und wird also aus der Masse antheilig befriedigt; sie ist auch gegen den Gemeinschuldner festgestellt, wenn auch er sie nicht bestritten hatte, so daß also nach Beendigung des Konkurses die Zwangsvollstreckung gegen den Gemeinschuldner wegen des Ausfalls betrieben werden kann (§ 164 KO); wird sie dagegen vom Gemeinschuldner bestritten, so kann sie gegen diesen selbst nur geltend gemacht werden, wenn der Kläger einen gegen diesen selbst gerichteten Schuldtitel erlangt. Diesen kann er aber nur erlangen, wenn der durch den Konkurs unterbrochene Prozeß fortgesetzt wird (§§ 144, 146, 164 KO).

b) Solche Ansprüche, welche auf Aussonderung oder auf abgesonderte Befriedigung gerichtet sind oder sich als Masseschuld darstellen (§ 11), können aufgenommen werden vom Verwalter, weil er ein Interesse haben kann, die Masse vor einem solchen Anspruche, der den andern Gläubigern etwas vorweg nehmen will, zu schützen, aber auch vom Gegner, weil er das entgegengesetzte Interesse hat.

Digitized by Google

rens gerichteten Beschlusse des Gerichts. Die von den Parteien vereinbarte Ruhe des Prozesses endet mit dem von ihnen festgesetzten Zeitraum oder mit der Aufhebung jener Abrede. Zu unterscheiden ist aber in jedem Falle die sei es durch das Hinderniß oder durch Gerichtsbeschluß oder Parteivertrag gebotene von der thatsächlichen Ruhe des Prozesses. Denn in jedem Falle erfolgt die Aufnahme des Prozesses durch Zustellung eines Schriftsatzes (§§ 250, 251), es kann also geschehen, daß der Stillstand ohne Noth einfach dadurch aufrechterhalten wird, daß keine Partei einen Schriftsatz zustellt.

b) Die Form des Verfahrens.

§ 41. Allgemeines.

Jeder Prozeß besteht in einer Aufeinanderfolge einzelner Prozeßhandlungen, und zwar handeln sowohl die Parteien als auch der Richter. Wie später darzulegen sein wird, haben alle Parteihandlungen den Zweck, dem Richter die urtheilsmäßige Feststellung dessen, was unter den Parteien Rechtens ist, zu ermöglichen, d. h. diese Feststellung zunächst vorzubereiten und alsdann unmittelbar herbeizuführen. Daher ist unter den Richterhandlungen diejenige, welche die Feststellung bewirkt, d. h. das Urtheil, die wichtigste aller Prozeßhandlungen, denn sie ist das Ziel des ganzen Prozesses. Alle anderen vom Richter vorzunehmenden Handlungen dienen gleichfalls nur dem Zwecke der Vorbereitung des Urtheils.

Ist jene Aufeinanderfolge von Handlungen eine bestimmte, sind also Parteien und Richter an eine gewisse Ordnung des Verfahrens gebunden, so liegt schon in dieser Reihenfolge eine Bestimmung für die Form des Verfahrens im Ganzen. Je mehr das Gesetz Parteien und Richter von der Beobachtung einer bestimmten Aufeinanderfolge von Handlungen entbindet, desto formloser wird das Verfahren. Daher zeigt der landgerichtliche Prozeß (s. oben S. 82—91) einen stärkeren Formzwang als der amtsgerichtliche (S. 91 bis 93), und die Zulassung eines amtsgerichtlichen Rechtsstreits ohne vorangegangene Zustellung einer Klageschrift

Digitized by Google

(§ 500 CPO) ist das äußerste, was die CPO an Formfreiheit kennt.

Regelmäßig aber braucht man den Ausdruck Form des Verfahrens, wenn man an diejenige Gestalt denkt, unter welcher die in jeder Prozeßhandlung enthaltene Erklärung in die äußere Erscheinung tritt. Aber auch in dieser engeren Begrenzung hat das Wort Form eine zweifache Bedeutung. Es bezeichnet nämlich einmal das Mittel, das die Erklärung nur überhaupt zur Kenntniß des Erklärungsempfängers bringt, also die mündliche Rede oder die schriftliche Mittheilung, und zweitens die bestimmte Gestalt der mündlichen oder schriftlichen Mittheilung.

Im ersteren Sinne wird das Wort gebraucht, wenn man von Mündlichkeit oder Schriftlichkeit des Verfahrens spricht.

§ 42. Die Mündlichkeit.

Ob ein Verfahren mündlich oder schriftlich ist, hängt keineswegs davon ab, ob einzelne, auch nicht davon, ob die größere Zahl der Prozeßhandlungen, sondern ausschließlich davon, ob die wichtigste Parteihandlung, d. h. die von den Parteien dem Richter gegebene Mittheilung des Prozeßstoffes also dessen, was der Richter nach dem Willen der Parteien bei der Urtheilsfällung berücksichtigen soll, mündlich oder schriftlich erfolgt. Trotzdem daß eine große Zahl von Parteihandlungen nach der CPO nur auf dem Wege schriftlicher Erklärung zur Erscheinung gelangt, beruht doch der gegenwärtige deutsche Civilprozeß auf dem Grundsatze der Mündlichkeit, da nach § 128 CPO „die Verhandlung der Parteien über den Rechtsstreit vor dem erkennenden Gerichte eine mündliche" ist. Denn diese Verhandlung ist derjenige Prozeßakt, welcher das Urtheil unmittelbar herbeiführt.

Der hiernach von der CPO angenommene Grundsatz der Mündlichkeit erschöpft sich aber keineswegs darin, daß die Parteien vor dem Richter mündliche Erklärungen abgeben, sondern er besteht darin, daß

> der Richter nur diejenigen Erklärungen der Parteien als Grundlage seines Urtheils verwerthet, welche durch das unmittelbar an ihn gerichtete gesprochene Wort zu seiner Kenntniß gelangen, während er die schriftlich niedergelegten Erklärungen der Parteien unberücksichtigt läßt.

Digitized by Google

Im Gegensatze hierzu besteht die Schriftlichkeit des Verfahrens darin, daß der Richter nur diejenigen Parteierklärungen verwerthet, welche durch das Mittel der Schrift zu seiner Kenntniß gelangen, während er die mündlichen Mittheilungen unbeachtet läßt.

Die Ausdrücke Mündlichkeit und Schriftlichkeit decken sich nicht mit den Worten Unmittelbarkeit und Mittelbarkeit. Diese letzteren Ausdrücke sind weiter. Unmittelbarkeit herrscht nämlich da, wo das Gericht, d. h. alle zur Mitwirkung an der Entscheidung berufenen Richterpersonen die zu Gebote stehenden Erkenntnißquellen selbst benutzen. Wird aber das, was eine Erkenntnißquelle gewährt, dem Richter von einer anderen Person mitgetheilt, so bildet diese Person das Mittel der Erkenntniß, man spricht deshalb in diesem Falle von Mittelbarkeit des Verfahrens. Daher ist ein Verfahren, in welchem die Parteierklärungen mündlich abgegeben werden, ein mündliches, und insoweit auch ein unmittelbares. Erfolgt aber die Beweisaufnahme nicht durch das Prozeßgericht selbst, sondern durch einen beauftragten oder ersuchten Richter, und erfährt das Prozeßgericht die Ergebnisse der Beweisaufnahme nur durch diesen Richter oder durch das von diesem hergestellte Protokoll, so ist das Verfahren insoweit ein mittelbares. Die CPO verlangt auch für die Beweisaufnahme grundsätzlich Unmittelbarkeit, indem sie (§ 355) kategorisch anordnet:

„Die Beweisaufnahme erfolgt vor dem Prozeßgerichte", und nur in den von ihr selbst bestimmten Fällen eine Beweiserhebung durch ein Mitglied des Prozeßgerichts oder ein anderes Gericht gestattet. Aber dieser Grundsatz ist nicht nur durch diejenigen Ausnahmen, welche eine Beweiserhebung durch einen anderen Richter gebieten (§§ 375 Nr. 3,4, § 402), und durch die, welche die Uebertragung der Beweisaufnahme auf einen anderen Richter empfehlen (§§ 372, 375 Nr. 1), sondern auch durch die Bestimmung durchbrochen, daß der Zeugenbeweis und der Sachverständigenbeweis schon dann, „wenn die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgerichte erheblichen Schwierigkeiten unterliegen würde," einem beauftragten oder ersuchten Richter übertragen werden darf (§ 375 Nr. 2, § 402). Denn obwohl selbstverständlich damit nur Schwierigkeiten, welche in der Art der Beweisaufnahme selbst liegen, gemeint sind, findet die Bestimmung doch eine, durch § 355 Abs. 2 der Anfechtung entzogene (RG. 11,377) allzu weitgehende

Digitized by Google

Auslegung. Dadurch ist (leider) die Mittelbarkeit der Beweisaufnahme entgegen dem Willen des Gesetzes thatsächlich zur Regel geworden, obwohl die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme von viel höherem Werthe ist als die Mündlichkeit des Parteivorbringens. Auch wegen „großer Entfernung" sollte nur dann von der Beweisaufnahme vor dem Prozeßgerichte Abstand genommen werden, wenn der Beweissatz ein einfacher ist (§ 375 Nr. 4), oder mit Sicherheit angenommen werden kann, daß der Schwurpflichtige den Eid in der vom Gericht gewählten Fassung bedenkenlos leisten könne (§ 479). Es ist eine sich täglich wiederholende Erfahrung, daß nur eine vor dem Prozeßgerichte in Gegenwart der Parteien oder ihrer Vertreter stattfindende Zeugenvernehmung ein klares Bild von der wahren Sachlage gewährt[1]).

Die Mündlichkeit der Verhandlung (§ 128) erstreckt sich auf alle thatsächlichen und rechtlichen Erörterungen, mit welchen die Parteien das Urtheil oder die Entscheidung eines Zwischenstreites unmittelbar herbeizuführen suchen. Eine Verweisung auf Schriftsätze oder Protokolle ist ausgeschlossen, sie würde zur Folge haben, daß die dort niedergelegten Erklärungen unbeachtet blieben. Dagegen ist eine Verweisung auf den Inhalt einer früher, in demselben Prozesse und vor denselben Richterpersonen stattgehabten mündlichen Verhandlung nicht ausgeschlossen, falls sich alle betheiligten Personen (d. h. die Parteien und die Richter) des früher Gehörten noch erinnern. Endlich ist der Hinweis auf eine bei den Gerichtsakten befindliche schriftliche Rechtsausführung nicht ausgeschlossen, weil diese nicht Prozeßstoff, sondern nur eine Einwirkung auf die wissenschaftliche Ueberzeugung des Gerichts enthält, betreffs dieser aber das Gericht von den Parteiausführungen nicht abhängig ist (jura novit curia. Vgl. auch § 136).

Die Vorzüge der Mündlichkeit sind von den Verfassern der modernen Prozeßgesetze weit überschätzt worden, werden

---

[1]) Zahlreiche Gerichte greifen sogar, wenn es sich um Abnahme eines durch Beschluß auferlegten Eides handelt, zu dem Mittel, ein anderes Gericht zu ersuchen, wenngleich der Schwurpflichtige nur einige Meilen vom Sitze des Prozeßgerichts entfernt wohnt. Gerade die Erörterung der Frage aber, ob der Schwurpflichtige den Eid mit gutem Gewissen leisten könne, führt in sehr zahlreichen Fällen zu Erklärungen, die den Eid überflüssig machen, was in jedem Falle ein wünschenswerthes Ergebniß ist.

Digitized by Google

aber in der Praxis vielfach unterschätzt. Sie bestehen keineswegs darin, daß der rechtskundige Vertreter der Partei vor Gericht eine wohlgesetzte Rede halte und sie kommen jedenfalls dann nicht zur Geltung, wenn die Vertreter der Parteien nur die Schriftsätze in verhüllter Form vorlesen (§ 136). Denn das erstere ist nicht der Zweck der Mündlichkeit, und das letztere kann auch ein Mitglied des Gerichts oder ein untergeordneter Beamter besorgen. Der mündliche Vortrag rechtskundiger Personen soll das Ergebniß des Schriftenwechsels zusammenfassen, dem Gericht zunächst einen klaren Ueberblick über den gesammten Streitstand geben und *dann* erst zur Erörterung von Einzelheiten übergehen. Nur ein Vortrag, der diesen, nicht unbescheidenen Anforderungen genügt, hat die Vorzüge der Mündlichkeit. In Betreff dieser kann Verfasser nur wiederholen, was er vor zwölf Jahren geschrieben hat[1]).

„Der Vorzug der Mündlichkeit läßt sich dahin zusammenfassen, daß sie dem Richter die Erkenntniß der Individualität des einzelnen Falles erleichtert und also aus dem Grunde, daß der zur Urtheilsgrundlage gemachte gesammte Vorgang lebensvoller vor sein geistiges Auge tritt, bei ihm auch die *richtige* Würdigung der einzelnen rechtserheblichen Thatsachen befördert oder ermöglicht. Im Gegensatze hierzu verleitet die Schriftlichkeit zu pedantischem Festhalten am Buchstaben. Die Lebhaftigkeit mündlich geführten Streites mit wirkungsvoller Hervorhebung des Wichtigen findet leichter Eingang im Verständnisse des Hörers als das Lesen todter, alles in einen gleichförmigen Ausdruck kleidender Schriftstücke. Mancher, der dem Papier ohne Scham die lügenhaftesten Behauptungen anvertraut, scheut sich doch, in Gegenwart mehrerer Personen eine dreiste Lüge mit derselben Sicherheit aufzustellen, mit der er die Wahrheit berichtet. Nur das mündliche Verfahren ermöglicht eine wahrhaft kollegialische Behandlung der Rechtssachen. Denn die Schrift wirkt immer nur dem einen *Leser* gegenüber. Sollen ihren Inhalt gleichzeitig mehrere Personen erfahren, so bedarf es des ermüdenden Vorlesens oder der Berichterstattung durch den Einen, der die Schrift gelesen hat. Diese Berichterstattung hat alle

[1]) Allgemeiner Theil des Werkes, I. 1888. S. 114.

Digitized by Google

Nachtheile der Mündlichkeit, ohne ihre Vorzüge zu besitzen; minder lebensvoll und meist in kompendiöser Zusammenfassung schafft der Bericht sich schwer das Verständniß des Hörers und setzt sich in diesem fest in der durch die subjektive Auffassung des Referenten beeinflußten Gestalt. Der mündliche Vortrag dagegen wendet sich an alle Richter gleichzeitig, und die subjektive Färbung des Vortrages der einen Partei findet ihr Gegengewicht an der gleichen Eigenschaft der Entgegnung. Endlich aber, und hier waltet ein Irrthum ob, der auch heute noch Viele zu Gegnern der Mündlichkeit macht, kommt es nicht darauf an, daß der Richter einen vielleicht ebenso unklaren als unvollständigen Vortrag zu hören bekomme, wenn dieser sich nur in eine wohlgesetzte, formenschöne Rede kleidet. Was der Mündlichkeit vielmehr einen alle Vortheile der Schriftlichkeit weit überragenden Vorzug gewährt, ist die Möglichkeit, selbst den verwickeltsten Sachverhalt durch den unmittelbaren Verkehr zwischen Parteien und Richter vollständig aufzuklären. Gerade ein durch Frage und Antwort an den Tag gebrachter Prozeßstoff prägt sich dem Verständnisse des Richters untilgbar ein." Diese letztere Wirkung der Mündlichkeit ist es, auf welche sich ihr Vorzug in einem Verfahren beschränkt, in welchem rechtsunkundige Personen weniger *vor* als *mit* dem Richter sprechen.

Aus diesen Gründen macht die CPO die Mündlichkeit zum herrschenden Grundsatz des gesammten Prozeßverfahrens, indem sie die mündliche Verhandlung

1) für das Parteivorbringen mit Einschluß des Vortrages der Beweisergebnisse (§§ 128, 136, 285) *gebietet*, also zu einer *wesentlichen* Prozeßvorschrift erhebt (sog. *obligatorische* mündliche Verhandlung),

2) für alle anderen, nicht ausdrücklich ausgenommenen, auf Herbeiführung einer richterlichen Entscheidung gerichteten Parteierklärungen *als Regel* vorschreibt, indem sie mit den Worten: die Entscheidung *kann* ohne vorgängige mündliche Verhandlung erfolgen, dem Gericht zwar freistellt, ob es auf Grund schriftlicher oder mündlicher Erklärung entscheiden wolle (sog. *fakultative* mündliche Verhandlung), immer aber die *schriftliche Erklärung* *als Ausnahme* hinstellt.

Digitized by Google

§ 43. Beschränkungen der Mündlichkeit durch Verwerthung der Schrift.

Die Durchführung der reinen Mündlichkeit, etwa so wie sie das ältere römische und germanische Verfahren aufwies, wäre heut gegenüber der außerordentlichen Bedeutung der Schrift für das Leben der Gegenwart ebenso verkehrt als thatsächlich unmöglich. Sie ist nur in ganz engen und einfachen Verhältnissen, wie sie bei uns auch in dem kleinsten Landstädtchen nicht mehr herrschen, denkbar. Insbesondere müssen die Amtsgerichte mit der sehr berechtigten Anschauung des nicht juristisch gebildeten Publikums rechnen, daß das, was dem Gericht geschrieben wird, dort auch gelesen und berücksichtigt werde. In jedem nicht ganz einfachen Prozesse, der vor einem auch nur mäßig beschäftigten Gerichte verhandelt wird, besteht die nicht geringe Gefahr, daß die in raschem Strome hinfließende Rede nicht ebenso schnell aufgefaßt und namentlich nicht treu festgehalten werde. Denn wenn auch mit der geschulten Fähigkeit der Richter, sich in einen juristisch erheblichen Thatbestand rasch hineinzudenken, gerechnet werden darf, so ist doch nicht jedes Gedächtniß geeignet, eine Reihe von Namen, Daten und Zahlen in der Reihenfolge festzuhalten, daß eine Verschiebung oder Verwechselung ausgeschlossen wird.

Den Gefahren der Mündlichkeit kann indessen durch verschiedene Mittel begegnet werden.

1. Ohne Zuhülfenahme der Schrift verhütet man die Gefahr einer allzu raschen Verflüchtigung des gehörten Prozeßstoffes, indem man

a) die Verwerthung des vorgetragenen Stoffes als Grundlage einer Entscheidung dem Vortrage selbst unmittelbar folgen läßt. Darum ist die Gepflogenheit vieler Gerichte, die Berathung nach Anhörung mehrerer Sachen, vielleicht sogar erst nach Ablauf mehrerer Tage eintreten zu lassen, durchaus verwerflich. Die CPO hat nach dieser Richtung eine Vorsichtsmaßregel nicht getroffen. Allerdings geht die Vorschrift des § 315 Abs. 2, daß ein Urtheil, welches bei der Verkündung noch nicht in vollständiger Form abgefaßt war, vor Ablauf einer Woche, vom Tage der Verkündung an gerechnet, in vollständiger Abfassung (d. i. mit den Unterschriften sämmtlicher Richter) dem Gerichtsschreiber zu übergeben ist, einmal von dem Gedanken aus, daß die

Digitized by Google

Abfassung des Urtheils vor der nicht über eine Woche hinauszuschiebenden Verkündung (§ 310) die Regel bilden werde, und sie entspringt ferner der Sorge, daß die Aufzeichnung des für später so besonders wichtigen Urtheilsthatbestandes (§ 314) zu einer Zeit erfolgen solle, in welcher die Richter den vorgetragenen Thatbestand noch im Gedächtniß haben. Aber eine Vorschrift, daß die Berathung zu einer Zeit erfolgen solle, in welcher das Gehörte nicht schon durch andere Vorkommnisse, insbesondere durch die Anhörung anderer Rechtsstreitigkeiten, getrübt ist, fehlt.

b) Ferner ist die möglichst weitgehende Beschränkung des Prozeßstoffes einer und derselben mündlichen Verhandlung geboten. Dazu giebt die CPO mehrere Mittel an die Hand. Das Gericht kann (nach § 146) anordnen, daß bei einer Mehrheit denselben Anspruch betreffender Angriffs- und Vertheidigungsmittel (Klagegründe, Einreden, Repliken u. s. w.) die Verhandlung zunächst auf eines oder einige dieser Angriffs- oder Vertheidigungsmittel zu beschränken sei. Damit wird der Vortheil erzielt, über einen beschränkten Prozeßstoff sofort zu einer vorläufigen oder einer endgültigen Entschließung zu gelangen. Die vorläufige Entschließung besteht nur in einer Verständigung der Richter über die den beschränkten Prozeßstoff erledigende künftige Entscheidung. In einem solchen Falle verkündet der Vorsitzende z. B., daß zunächst nur über die Frage der Gültigkeit des dem Klageanspruche zu Grunde liegenden Rechtsgeschäftes verhandelt werde, die Richter hören den also begrenzten Sachvortrag an, berathen und verständigen sich dahin, daß das Geschäft gültig sei. Darauf eröffnet der Vorsitzende die Verhandlung über das vom Beklagten geltend gemachte Zurückbehaltungsrecht u. s. w. Will das Gericht aber in der Annahme, daß der Prozeß in dieser Sitzung noch nicht werde entschieden werden können, zugleich eine spätere Wiederholung desselben Vortrages verhindern, so kann es sich endgültig entschließen, indem es ein jenen begrenzten Prozeßstoff erledigendes Zwischenurtheil fällt (§ 303). Gegen Zwischenurtheile besteht aber eine nicht recht erklärliche Abneigung. Das Gericht ist ferner, wenn es sich um mehrere in demselben Prozesse zu erledigende Ansprüche handelt, befugt, anzuordnen, daß über jeden einzelnen Anspruch gesondert verhandelt und durch besonderes Endurtheil entschieden werde (§§ 154, 302).

Digitized by Google

2. Ein wichtigeres Hülfsmittel ist die Schrift. Die Benutzung schriftlicher Aufzeichnungen ist nach der CPO entweder a) gestattet (fakultativ) oder b) geboten (obligatorisch).

aa) Gestattet ist die Benutzung schriftlicher Erklärungen in allen denjenigen Fällen, in welchen ohne mündliche Verhandlung entschieden werden kann (vgl. vorigen Paragraphen). Denn macht das Gericht von der Befugniß Gebrauch, von einer mündlichen Verhandlung abzusehen, so kann es natürlich nur schriftliche Erklärungen einer oder beider Parteien zur Grundlage seiner Entscheidung nehmen. Das Verfahren ist regelmäßig das, daß die betreibende Partei bei Gericht einen schriftlichen Antrag stellt, das Gericht aber auf diesen Antrag entweder entscheidet oder nur den Beschluß faßt, daß mündlich verhandelt werden solle.

Im letzteren Falle ladet die betreibende Partei den Gegner unter Abschrift jenes Gerichtsbeschlusses zur mündlichen Verhandlung. Auf diese Verhandlung kommen die allgemeinen Vorschriften über die mündliche Verhandlung zur Anwendung, sofern diese nicht mit dem Umstande rechnen, daß die gewöhnliche mündliche Verhandlung ein Urtheil über den Klageanspruch herbeiführen will. Es kann daher, von der unter besonderen Grundsätzen stehenden mündlichen Verhandlung über Anträge auf Erlaß von Arresten oder einstweiligen Verfügungen (§§ 922, 936) abgesehen, hier kein Versäumnißverfahren im eigentlichen Sinne geben, und es bedarf im Anwaltsprozeß nicht der Vorlesung der Anträge (§ 297). Aber es liegt kein Grund vor, in diesem Falle, der die Regel bilden soll und über welchen das Gesetz abweichende Vorschriften nicht gegeben hat, den Grundsatz der Mündlichkeit anders zu verstehen als sonst. Das Gericht kann also nur das mündlich Vorgetragene berücksichtigen, Erklärungen der nicht erschienenen Partei bleiben unbeachtet, und beim Nichterscheinen beider Partcien hat das Gericht eine Entscheidung nicht zu erlassen[1]).

---

[1]) So wie hier namentlich O. Fischer in Rassow-Küntzel Beitr. 25 S. 649 ff. Derselbe: Termin und Ladung. S. 33 ff. Förster Komment. z. CPO zum früheren § 119 jetzt 128. Dagegen die herrschende Meinung, welche die mündliche Verhandlung in diesem Falle als eine nur informatorische behandelt und auch die schriftlichen Erklärungen berücksichtigt wissen will. Diese Auffassung ist inkonsequent und macht die Durchführung des dem Gesetze entsprechenden Willens des Gerichtes illusorisch.

Digitized by Google

bb) Gestattet und im Anwaltsprozeß sogar erwünscht ist die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung durch Schriftsätze, d. h. schriftliche Erklärungen der Parteien über diejenigen Anträge und Behauptungen, welche sie in der bevorstehenden mündlichen Verhandlung vorzubringen beabsichtigen.

Diese Schriftsätze dienen der Vorbereitung der mündlichen Verhandlung und heißen deshalb vorbereitende Schriftsätze. Ihr Hauptzweck besteht aber nicht in der Vorbereitung des Gerichtes, sondern in der Benachrichtigung der Gegenpartei: diese soll erfahren, was der andere Theil vorzubringen gedenkt, damit sie sich vorbereite und in der mündlichen Verhandlung nicht überrascht werde, sondern sofort antworten könne. Wie entbehrlich diese Vorbereitung bei ganz einfachen Sachen sein mag, so nothwendig ist sie in umfangreichen Sachen. Die CPO knüpft an den Mangel vorbereitender Schriftsätze im Parteiprozeß keinerlei Nachtheile, während sie im Anwaltsprozesse der nicht vorbereiteten Partei wenigstens die Befugniß, eine Vertagung herbeizuführen, und im Falle einer Vertagung dem Gericht die Befugniß giebt, die Fristen zu bestimmen, binnen welchen die noch erforderlichen Schriftsätze mitzutheilen sind (§§ 130—132, 272). Diese Bestimmungen haben weniger in der Annahme, daß es sich beim Amtsgericht um einfachere Sachen handelt, als vielmehr darin ihren Grund, daß die Partei selbst regelmäßig in der Lage ist, auch auf ein neues Vorbringen sofort zu antworten, während der Anwalt sich regelmäßig erst bei seinem Auftraggeber erkundigen muß, bevor er antworten kann. Die Schriftsätze dienen ihrem Zwecke nur dann, wenn sie vollständig sind; sie sollen daher die Anträge, die thatsächlichen Behauptungen, die Gegenerklärungen, die Beweisantretung und die in Bezug zu nehmenden Urkunden mittheilen (§§ 130, 131); sie entsprechen ihrem Zwecke ferner nur dann, wenn sie rechtzeitig mitgetheilt werden (s. die Fristen in § 132); aber sie erreichen ihren Zweck schon dann, wenn sie sich auf das thatsächliche Vorbringen beschränken und dieses in kurzen Sätzen ankündigen. Die Gepflogenheit zahlreicher Anwälte, lange Geschichtserzählungen und Rechtsausführungen in den Schriftsätzen niederzulegen, ist nicht zu billigen.

Daß die Schriftsätze unter den Parteien gewechselt werden, dient also dem Bestreben, in einem Verhandlungs-

Digitized by Google

termine den gesammten Prozeßstoff zu erschöpfen und die für alle Theile unerquicklichen, das Interesse an der Sache abstumpfenden Vertagungen zu vermeiden. Daß (nach § 133) eine Abschrift jedes vorbereitenden Schriftsatzes auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen ist, hat dagegen den Zweck, auch das Gericht auf die mündliche Verhandlung vorzubereiten. Denn wenngleich das Gericht nur das mündlich Vorgetragene berücksichtigen darf, folglich eine in einem Schriftsatze stehende, aber nicht vorgetragene Behauptung unbeachtet lassen muß, so ist doch die genaue Kenntniß des Inhalts der Schriftsätze wenigstens für den Vorsitzenden schon deshalb geboten, weil er nur auf Grund dieser Kenntniß seiner Pflicht, für einen vollständigen Sachvortrag zu sorgen (§ 136), genügen kann. Die Sache ist aber jedenfalls immer dann unvollständig erörtert, wenn Behauptungen, die in einem Schriftsatze enthalten sind, nicht mündlich vorgetragen werden. Ob aber auch die Beisitzer oder wenigstens einer von ihnen (ein sog. Berichterstatter) Kenntniß von dem Inhalte der Schriftsätze nehmen solle, darüber sind die Meinungen sehr getheilt. Eine Vorschrift der CPO steht nicht entgegen, und jedenfalls gewährleistet diese Kenntniß die Möglichkeit sofortiger und gründlicher Berathung, sie dient auch der Unterstützung des Vorsitzenden bei der Geschäftsleitung, die nicht ausnahmslos dem Ideale entspricht. Da ferner die Fälle, in denen sich das mündlich Vorgetragene mit dem Inhalte der Schriftsätze deckt, die Regel bilden, so dienen die Schriftsätze sowohl bei der Berathung als in späteren Verhandlungen der Auffrischung des Gedächtnisses.

b) Geboten ist die Benutzung der Schrift als eines „Erinnerungs- und Beglaubigungsmittels“ [1]).

Wie oben schon hervorgehoben wurde (S. 146), kann der gesammte Verkehr der Parteien mit den Rechtspflegeorganen, soweit er nicht durch den Grundsatz der Mündlichkeit beherrscht wird, nur in Schriftform stattfinden. Hervorzuheben aus diesem Verkehr sind vor allem diejenigen Gesuche und Anträge der Parteien, welche außerhalb der mündlichen Verhandlung gestellt werden.

Wenn die CPO die schriftliche Feststellung auch solcher Vorgänge und Erklärungen verlangt, welche in der mündlichen Verhandlung geschehen sind, so trifft sie damit einmal

[1]) Wach: Vorträge über die RCPO, 1. Aufl. 1879, S. 1.

Digitized by Google

solche Vorgänge, welche zum Zwecke eines etwa künftig erforderlichen Beweises der urkundlichen Feststellung bedürfen, und zweitens auch solche Vorgänge, welche zwar nur für die gegenwärtige Instanz Interesse haben, die aber doch mit so großer Treue bewahrt werden müssen, daß das menschliche Gedächtniß hierzu nicht ausreicht.

aa) Dem künftigen Beweise dienen vor allem:

α) Die Protokolle über die mündliche Verhandlung, d. h. die von dem Vorsitzenden und dem Gerichtsschreiber über den Hergang bei der mündlichen Verhandlung aufgenommenen Urkunden. Dieses Protokoll heißt zum Unterschiede von anderen im Prozesse vorkommenden bloßen Terminsprotokollen das Sitzungsprotokoll. Ein solches muß aufgenommen werden (§ 159). Denn es muß eine öffentliche Urkunde vorhanden sein, welche beweist nicht bloß, daß eine mündliche Verhandlung, sondern auch daß diese Verhandlung dem Gesetze gemäß stattgefunden hat. Darum muß in diesem Protokolle enthalten sein: Ort und Tag der Verhandlung, die Namen der Richter, des Gerichtsschreibers und des etwa zugezogenen Dolmetschers, die Bezeichnung des Rechtsstreits, die Namen der erschienenen Parteien, gesetzlichen Vertreter, Bevollmächtigten und Beistände, endlich die Angabe, daß öffentlich verhandelt oder die Oeffentlichkeit ausgeschlossen ist.

Was den Gang der Verhandlung anlangt, so schreibt die CPO zunächst vor, daß eine allgemeine Angabe genüge (§ 160). Denn je weiter der Zwang der Protokollirung reicht, desto mehr werden die Vortheile der Mündlichkeit beeinträchtigt. Aber die Rücksicht auf den späteren Beweis hat doch dazu geführt, die Aufnahme gewisser Vorgänge obligatorisch zu machen. Es sind dies vor allem diejenigen Parteierklärungen, durch die der geltend gemachte Anspruch ganz oder theilweise erledigt wird, d. h. die Anerkenntnisse, Verzichtleistungen, Vergleiche, ferner diejenigen Anträge und Erklärungen, deren protokollarische Feststellung durch besondere Vorschrift angeordnet ist.

Diese letztere Bestimmung hat für den Anwaltsprozeß insofern eine geringe Bedeutung, als, wie unten zu erörtern sein wird, die Anträge und wesentliche Erklärungen nicht in das Protokoll selbst, sondern in Schriftsätze aufzunehmen sind, welche dem Protokolle als Anlage beizufügen sind, so daß

Digitized by Google

das Protokoll nur eine Bezugnahme auf den Schriftsatz enthält (§§ 297, 298)[1]).

Anders im amtsgerichtlichen Prozesse. Hier muß nicht bloß mit dem Ungeschick zahlreicher Personen in der Formulirung bestimmter Anträge, sondern auch mit der Möglichkeit eines Wechsels in der Person des Richters gerechnet werden. Daher sind hier in jedem Falle die Anträge sowie die Erklärungen über Annahme oder Zurückschiebung zugeschobener Eide von Amtswegen durch das Sitzungsprotokoll selbst oder durch Bezugnahme auf einen Schriftsatz festzustellen, dagegen sind nur soweit die Feststellung am Schlusse derjenigen Verhandlung, in welcher die betreffende Erklärung abgegeben worden, für angemessen erachtet wird, sonstige Erklärungen, insbesondere Geständnisse der Parteien, in das Protokoll selbst aufzunehmen (§ 509). Daß hier die Protokollirung erst am Schlusse der Verhandlung erfolgen soll, beruht auf der Erfahrung, daß im Parteiprozesse regelmäßig eine Reihe unwichtiger Erklärungen abgegeben wird und daß deshalb der Richter erst bei Beendigung der Erörterung überblicken kann, auf welche Erklärungen ein so großes Gewicht zu legen ist, daß es ihrer Feststellung bedarf. — In das Protokoll sind ferner aufzunehmen die Aussagen der Zeugen und Sachverständigen, sofern sie vorher noch nicht abgehört waren oder von ihrer früheren Aussage abweichen. Unterliegt aber das Endurtheil desjenigen Gerichts, vor dem die Aussage abgegeben wird, nicht der Berufung (Urtheile des Landgerichts in zweiter Instanz, Urtheile der Oberlandesgerichte), so kann die Protokollirung der Aussage selbst unterbleiben, es muß aber in diesem Falle im Protokolle bemerkt werden, daß die Vernehmung stattgefunden habe (§§ 161, 160 Nr. 3), eine Vorschrift, welche da, wo eine Nachprüfung des Beweisergebnisses in einer höheren Instanz nicht stattfinden kann, dem Gericht die ermüdende Arbeit der Protokollirung ersparen will. — Ferner sind zu protokolliren das Ergebniß eines Augenscheins, endlich die Entscheidungen des Gerichtes, sofern sie nicht dem Protokolle schriftlich beigefügt sind, und die Verkündung der Entscheidungen[2]). Der Aufnahme in das

[1]) Z. B. Rechtsanwalt P. überreicht anliegenden Schriftsatz.
[2]) Wegen der gerichtlichen Entscheidung s. unten § 46.

Digitized by Google

Protokoll steht die Aufnahme in eine Schrift gleich, welche dem Protokolle als Anlage beigefügt und in ihm als solche bezeichnet ist.

Das Protokoll ist, bis auf die in ihm enthaltenen Entscheidungen den Betheiligten (also auch den vernommenen Zeugen und Sachverständigen) vorzulesen oder zur Durchsicht vorzulegen. Im Protokolle selbst ist zu beurkunden, daß dies geschehen und die Genehmigung erfolgt sei oder welche Einwendungen gegen das Protokoll erhoben worden sind (§§ 162).

Das Protokoll ist nach der CPO nicht eine nur vom Gerichtsschreiber, sondern von diesem und dem Richter aufgenommene Urkunde, daher auch vom Vorsitzenden, und im Falle der Behinderung dieses, vom ältesten beisitzenden Richter, sowie vom Gerichtsschreiber zu unterschreiben. Ist der Amtsrichter verhindert, so genügt die Unterschrift des Gerichtsschreibers (§ 163).

Dem oben genannten Zwecke, künftige Beweisführung zu sichern, vermag das Protokoll nur dann zu dienen, wenn ihm eine gesteigerte Beweiskraft beigelegt ist. Dieser Anforderung trägt die CPO (§ 164) dadurch Rechnung, daß sie den Beweis bloßer Unrichtigkeit, wie er sonst (§§ 415, 418) gegen öffentliche Urkunden zugelassen ist, ausschließt und nur den Nachweis der Fälschung gestattet (§ 114). Damit ist dem Inhalte des Protokolls insofern die Bedeutung einer praesumtio juris et de jure beigelegt, als er nur in bestimmter Weise, in anderer Weise nicht widerlegt werden kann. Aber diese gesteigerte Beweiskraft umfaßt nur „die für die mündliche Verhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten", d. h. derjenigen Vorgänge, welche erkennen lassen, daß eine den gesetzlichen Vorschriften entsprechende mündliche Verhandlung stattgefunden hat, daß also die erforderliche Anzahl von Richtern und daß ein Gerichtsschreiber anwesend war, daß und welche Parteien erschienen sind, daß sie mündlich verhandelt (im Anwaltsprozesse auch die Anträge vorgelesen) haben und daß die Grundsätze über die Oeffentlichkeit der Verhandlung beachtet, endlich auch, daß die Entscheidungen verkündet worden sind (RG 16, 338); dagegen gehört der Inhalt der mündlichen Verhandlung nicht zu den Förmlichkeiten. Daher ist z. B. gegenüber einem protokollirten Geständniß der Nachweis bloßer Unrichtigkeit des

Digitized by Google

Niedergeschriebenen zugelassen (§§ 164, 415). Der Nachweis jener Förmlichkeiten kann aber auch nur durch das Sitzungsprotokoll geführt werden (§ 164).

Eine künftige Beweisführung ist eine jede, die nicht sofort erfolgt. Das Protokoll dient daher viel weniger der Beweisführung in einem anderen, als vielmehr einer Beweisführung in einer höheren Instanz desselben Prozesses.

β) Der künftigen Beweisführung dient ferner der Thatbestand des Urtheils, d. h. derjenige Theil der Entscheidung, welcher „eine gedrängte Darstellung des Sach- und Streitstandes auf Grundlage der mündlichen Vorträge der Parteien unter Hervorhebung der gestellten Anträge" enthalten soll (§§ 313 Nr. 3). Denn dieser Thatbestand liefert „rücksichtlich des mündlichen Parteivorbringens" einen Beweis, der nur durch das Sitzungsprotokoll entkräftet werden kann (§ 314). Es ist also auch hier eine praesumtio juris et de jure insoweit gegeben, als die Möglichkeit einer anderen Widerlegung als der bezeichneten ausgeschlossen ist.

Die Schaffung dieses Beweismittels von so weitgehender Beweiskraft ist geboten im Interesse einer Beweisführung in höherer Instanz und in einem etwaigen späteren denselben Gegenstand betreffenden Prozesse. In der höheren Instanz wird das angefochtene Urtheil vorgetragen (§§ 526, 549, 561), der Thatbestand dieses Urtheils bildet also die Grundlage der in der höheren Instanz stattfindenden mündlichen Verhandlung. Da eine Aenderung der Klage sowie die Geltendmachung neuer Ansprüche schon in der Berufungsinstanz nur zulässig ist, wenn der Gegner einwilligt, kann ein Streit der Parteien darüber, ob ein neues Vorbringen oder ein neuer Antrag eine Klageänderung oder die Geltendmachung eines neuen Anspruches enthält, nur durch den Urtheilsthatbestand entschieden werden. Denn nur aus ihm ergiebt sich, was die Parteien in der Vorinstanz mündlich vorgetragen haben (§§ 527, 529). In einem künftigen Prozesse aber bedarf es eines möglichst unwiderleglichen Beweises für das, was im früheren Prozesse vorgetragen worden ist, wenn ein Streit darüber zu entscheiden ist, ob der Geltendmachung eines Anspruches die Rechtskraft des früheren Urtheils entgegensteht, ob also der jetzt streitige Anspruch mit dem rechtskräftig erledigten identisch ist; ob dies der Fall, läßt sich nur entscheiden auf Grund des Thatbestandes jenes früheren Urtheils.

Digitized by Google

Endlich aber kann, wenn das Protokoll hierüber nichts enthält, nur der Thatbestand einen Beweis dafür liefern, daß und inwieweit Behauptungen der einen Partei von der anderen zugestanden worden sind (§§ 288—290, 532), ob und welche Erklärung auf eine Eideszuschiebung abgegeben worden ist (§§ 531, 533), ob ein Anerkenntniß oder ein Verzicht erklärt und damit ein Theil des Klageanspruches erledigt ist.

Diese Wichtigkeit des Thatbestandes verlangt deshalb vom Richter eine besondere Aufmerksamkeit und Sorgfalt. Denn es darf kein irgendwie zu beachtendes Vorbringen im Thatbestande weggelassen werden, es bedarf also einer gespannten Aufmerksamkeit der Richter während des Vortrages und eines treuen Festhaltens des Vorgebrachten bis zur Abfassung des Thatbestandes. Ferner aber ist scharf zu sondern zwischen den zugestandenen und den nur unbestritten gebliebenen Behauptungen (vgl. § 532; RG 4, 420). Es kann daher geschehen, daß ein unrichtig oder auch nur ein ungeschickt abgefaßter Thatbestand, dem im Wege des meistens erfolglosen Thatbestandsberichtigungsverfahrens (§ 320) nicht beizukommen ist, der im Rechte befindlichen Partei die Aussicht weiterer Rechtsverfolgung abschneidet. Da es aber nur darauf ankommt, festzustellen, was in der mündlichen Verhandlung vorgebracht ist, so schadet es allerdings nichts, wenn sich die Mittheilung über ein Parteivorbringen in die Entscheidungsgründe verirrt. Und immer umfaßt jene Beweiskraft des Thatbestandes nur das Parteivorbringen; die Beweisergebnisse können, auch wenn sie nicht protokollirt und also nur im Urtheil mitgetheilt werden, auch auf andere Weise als durch den Thatbestand festgestellt werden.

bb) Den Zwecken des gegenwärtig thätigen Gerichts dienen

α) Die Protokolle insofern als sie besonders wichtige inhaltliche Erklärungen der Parteien und die vom Gericht erlassenen Entscheidungen wiedergeben (§ 160). Diese protokollarischen Feststellungen sind besonders für das amtsgerichtliche Verfahren nothwendig, sie sind deshalb vom Gesetz vorgeschrieben (§ 509).

β) Unter dem Gebote der Schriftlichkeit stehen ferner die Anträge, welche die Parteien in der mündlichen Verhandlung stellen. Diese Anträge stellen sich für das Gericht als Urtheilsvorschläge dar und müssen daher so genau und

Digitized by Google

bestimmt abgefaßt sein wie es die Urtheilsformel sein soll. Da das Gericht einerseits den Antrag, wie er gestellt ist, d. h. den erhobenen Anspruch und keinen anderen zu prüfen hat, andererseits aber auch über die gestellten Anträge nicht hinausgehen darf (§ 308), bedarf es der Feststellung und der Festhaltung des Wortlautes der Anträge. Das Gesetz verlangt deshalb, daß im Anwaltsprozeß die Anträge aus den vorbereitenden Schriftsätzen und, sofern solche nicht vorhanden, aus Schriftsätzen, welche in der Verhandlung dem Gerichte überreicht und dem Protokolle als Anlage beigefügt werden, zu verlesen sind (§ 297). Diese Vorschrift ist in dem Maße zwingend, daß ein nicht verlesener, also auch nicht in Schriftform dem Gericht vorliegender Antrag nicht berücksichtigt werden darf. Im amtsgerichtlichen Verfahren sind die Anträge entweder im Sitzungsprotokoll oder durch Bezugnahme auf einen vorbereitenden Schriftsatz festzustellen (§ 509). Hiernach ist die schriftliche Fixirung der Anträge und natürlich auch der etwaigen Abänderungen der Anträge in jedem Falle geboten, ihre Aufnahme in das Sitzungsprotokoll selbst aber nur beim Amtsgericht gestattet.

§ 44. Einschränkungen der Unmittelbarkeit des Beweisverfahrens.

Wie schon hervorgehoben wurde (oben S. 143), stellt die CPO an die Spitze der allgemeinen Bestimmungen über die Beweisaufnahme (§ 355) den Satz:

„Die Beweisaufnahme erfolgt vor dem Prozeßgerichte,“ sie macht damit die Unmittelbarkeit des Beweisverfahrens zum leitenden Prinzip.

Da dieser Grundsatz aber durch weitreichende Ausnahmen durchbrochen ist und die Mittelbarkeit des Beweisverfahrens thatsächlich die Regel bildet, sorgt die CPO wenigstens dafür, daß die Beweisergebnisse durch einen mündlichen Parteivortrag zur Kenntniß des Gerichts gebracht werden. Denn sie bestimmt (§ 285 Abs. 2), daß, wenn die Beweisaufnahme nicht vor dem Prozeßgericht erfolgte, die Parteien das Ergebniß der Beweisaufnahme auf Grund der Beweisverhandlungen vorzutragen haben, eine Bestimmung, welche Ungeschick und Bequemlichkeit in der Weise handhaben, daß einfach die Protokolle vorgelesen werden.

Digitized by Google

Die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme läßt sich in der That nur in beschränktem Maße durchführen. Denn

1. schon dieselbe Instanz, in welcher die Beweisaufnahme stattfinden soll und thatsächlich stattfindet, hat mit einer Anzahl von Hindernissen zu kämpfen, welche die strenge Durchführung der Unmittelbarkeit unmöglich machen oder erschweren. Diese Hindernisse (§ 355) bestehen:

a) vor allem beim Zeugen- und Sachverständigenbeweise (nach §§ 375, 402) darin, daß

aa) zur Ausmittelung der Wahrheit die Vernehmung an Ort und Stelle dienlich erscheint,

bb) daß die Vernehmung vor dem Prozeßgerichte erheblichen Schwierigkeiten unterliegen würde,

cc) daß die zu vernehmende Person z. B. in Folge von Krankheit oder aus anderen Gründen nicht vor dem Prozeßgericht erscheinen kann,

dd) daß die zu vernehmende Person in zu großer Entfernung von dem Sitze des Prozeßgerichts sich aufhält,

daß in allen diesen Fällen aber die Rücksicht auf Ersparung von Zeit und Kosten zur Uebertragung der Beweisaufnahme auf ein Mitglied des Prozeßgerichts oder ein anderes Gericht oder eine im Auslande befindliche Behörde gebietet, obwohl gerade der Zeugenbeweis nur dann richtig gewürdigt werden kann, wenn das erkennende Gericht den Zeugen selbst sieht und hört.

b) Beim Beweise durch Augenschein steht der Unmittelbarkeit regelmäßig der Umstand entgegen, daß der in Augenschein zu nehmende Gegenstand nicht an die Gerichtsstelle gebracht werden kann; die CPO giebt daher (§ 372 Abs. 2) dem Prozeßgerichte die uneingeschränkte Befugniß, die Einnahme des Augenscheins einem Mitgliede des Prozeßgerichts oder einem anderen Gerichte zu übertragen.

c) Der Beweis durch Eid kann nur dann einem anderen Richter übertragen werden, wenn der Schwurpflichtige am Erscheinen vor dem Prozeßgerichte verhindert ist oder in großer Entfernung vom Sitze des Prozeßgerichts sich aufhält (§ 479). Damit giebt die CPO deutlich zu erkennen, daß sie die Uebertragung nur als einen Ausnahmefall betrachtet. Denn wenngleich die Eidesleistung eine rein formale Handlung ist, so giebt doch die der Eidesabnahme vorangehende Befragung der Partei in zahlreichen Fällen dem Gericht die Möglichkeit, nunmehr ohne Eid zu

Digitized by Google

erkennen, ein Ergebniß, das vor der Eidesleistung unbedingt den Vorzug verdient.

In allen diesen Fällen nimmt der beauftragte oder ersuchte Richter ein Protokoll auf, in welchem er nur das Beweisergebniß niederlegt. Schon hierin liegt eine Gefahr. Denn wenngleich der Richter beim Zeugen- und Sachverständigenbeweise nichts anderes, als die abgegebene Aussage protokolliren darf und kann, so giebt er sie doch so wieder, wie er sie auffaßt, und über das Ergebniß eines Augenscheins berichtet er im Protokolle den Eindruck, den ihm der Gegenstand gemacht hat. Auch beim besten Willen und dem redlichsten Streben nach Objektivität kann eine solche Uebersetzung in die Gedanken und die Sprache des protokollirenden Richters niemals die Wirklichkeit ungetrübt wiedergeben. Daß außerdem aber bei der Wiedergabe des Protokolls durch den Vortrag gleichfalls ein großer Theil desjenigen Eindruckes verloren geht, den die Aussage selbst machte, bedarf keiner Erörterung.

Eigenthümlich gestaltet sich das Streben nach Durchführung der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit

d) beim Urkundenbeweise, da ja die Urkunde selbst einen Vorgang oder eine Erklärung durch das Mittel der Schrift mittheilt. Die CPO enthält denn auch über die Beweisaufnahme die einzige Bestimmung, daß sie in der Vorlegung der Urkunde besteht (§ 434). Dem allgemeinen Grundsatze entsprechend, soll die Urkunde dem Prozeßgerichte vorgelegt werden, und nur wenn dies wegen erheblicher Hindernisse nicht geschehen kann oder wegen der Wichtigkeit der Urkunde und der Besorgniß des Verlustes oder der Beschädigung bedenklich erscheint, kann das Prozeßgericht anordnen, daß die Vorlegung vor einem seiner Mitglieder oder vor einem anderen Gerichte geschehe. Erfolgt die Vorlegung vor dem Prozeßgerichte, so bildet sie einen Theil der mündlichen Verhandlung. Denn das Prinzip der Mündlichkeit schließt den Beweis durch Urkunden keineswegs aus, der Beweisführer muß aber dasjenige, was er von dem Inhalt der Urkunde in Betracht gezogen haben will, mündlich vortragen. Der Richter hat von der Urkunde nur zu dem Zwecke Einsicht zu nehmen, um sich zu vergewissern, daß die Urkunde das Behauptete enthalte (RG 4, 375; 8, 325). Dagegen ist die bloße Bezugnahme auf Schriftstücke ausgeschlossen, und selbst die Vorlesung von Schriftstücken ist

Digitized by Google

nur dann gestattet, wenn es auf deren Wortlaut ankommt (§ 137 Abs. 3). Erfolgt die Vorlegung vor einem anderen Richter, so bleibt nichts übrig, als alle jene Stellen, auf welche die beweisführende Partei Bezug nimmt, im Protokoll abzuschreiben oder eine von anderer Seite gefertigte Abschrift dem Protokolle mit Einverständniß der Parteien beizufügen.

2. Die höhere Instanz ist mehr noch als die untere auf bloße Beweisprotokolle angewiesen. Denn selbst in dem Falle, daß die Beweisaufnahme erster Instanz vor dem Prozeßgerichte stattgefunden hat, stehen einer Wiederholung der Beweisaufnahme vor dem Berufungsgerichte meist so große Schwierigkeiten entgegen, daß das Berufungsgericht sich mit den Protokollen und mit der vorsichtig aufzunehmenden Bemerkung des ersten Richters, daß dieser oder jener Zeuge ihm diesen oder jenen Eindruck gemacht habe, begnügen muß. Nur Urkunden müssen von neuem mündlich vorgetragen werden (§ 526 CPO, RG 8, 327).

§ 45. Die Gerichtssprache.

Die Sprache, in welcher die Parteien, sei es schriftlich oder mündlich, vor den Rechtspflegeorganen ihre Erklärungen abgeben, und in welcher der Richter zu den am Prozesse betheiligten Personen spricht, ist die deutsche, sie ist (nach § 186 GVG) „die Gerichtssprache".

Dieser Grundsatz erleidet Ausnahmen:

1) wenn unter Betheiligung von Personen verhandelt wird, welche der deutschen Sprache nicht mächtig sind (§ 187),

2) wenn mit tauben oder stummen Personen verhandelt wird (§ 188); zu den ersteren gehören aber nicht die bloß schwerhörigen (RG in Straff. 15, 172).

1. Bei allen Verhandlungen, die dem Gebiete der streitigen Gerichtsbarkeit angehören, entscheidet das Gericht, ob eine Person der deutschen Sprache nicht mächtig ist. Selbstverständlich handelt es sich dabei um die Frage, ob die Person der deutschen Sprache soweit mächtig ist, daß sie ohne Gefahr für ihre Rechte in deutscher Sprache verhandeln kann, wobei es darauf ankommt, ob der Gegenstand der Verhandlung dem Gedankenkreise jener Person nahe liegt. Das BGB (§2244) und das FGG (§ 179) kommen den

Digitized by Google.

Fremdsprachigen mehr entgegen, indem nach ihnen bei Verhandlungen, die dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit angehören, das Gericht an die Erklärung der Person gebunden ist, daß sie der deutschen Sprache nicht mächtig sei.

Zur Verhandlung mit einer solchen Person ist ein Dolmetscher zuzuziehen, welcher entweder für Uebertragungen der betreffenden Art im Allgemeinen beeidigt ist oder vor der Verhandlung besonders vereidigt wird („daß er treu und gewissenhaft übertragen werde" § 191) und dessen Zuziehung im Sitzungs- oder Terminsprotokolle zu vermerken ist (§ 159 Nr. 2 CPO). Der Dienst des Dolmetschers kann von dem bei der Verhandlung mitwirkenden Gerichtsschreiber versehen werden (§ 192).

Ein Nebenprotokoll in der fremden Sprache wird im Prozeß nicht aufgenommen[1]), erachtet der Richter aber die Wiedergabe einer Erklärung in der fremden Sprache für erforderlich, so ist sie im Protokolle oder in einer Anlage sowohl in deutscher als in der fremden Sprache niederzuschreiben (§ 187 GVG).

Die Zuziehung eines Dolmetschers darf nur dann unterbleiben, wenn die betheiligten Personen sämmtlich der fremden Sprache mächtig sind. In diesem Falle wird ausschließlich in der fremden Sprache verhandelt, aber das Protokoll wird in deutscher Sprache abgefaßt. Eide werden in jedem Falle in der dem Schwurpflichtigen geläufigen Sprache geleistet (§ 190).

Tritt im Anwaltsprozeß eine der deutschen Sprache nicht mächtige Partei auf, so kann ihr das Gericht den Vortrag untersagen (§ 189).

2. Bei einer Verhandlung mit einer tauben oder stummen Person ist schriftliche Verständigung zu versuchen; kann eine solche nicht erfolgen, so ist ein Dolmetscher zuzuziehen. Wegen der in allen Fällen obwaltenden Schwierigkeit der Verständigung ist dem Gericht die Befugniß eingeräumt, einer solchen Person den Vortrag in der mündlichen Verhandlung zu versagen (§§ 188, 189 GVG). Die Vernehmung eines Tauben oder Stummen als Zeugen kann nicht abgelehnt werden. Erweist sich eine Verständigung mit ihm als unmöglich, so trifft der Nachtheil die beweispflichtige Partei.

---

[1]) Vgl. §§ 2244 BGB. 179 FGG.

Digitized by Google

Sowohl diese (zu 2) als jene (zu 1) Dolmetscher gelten als Sachverständige und können wie diese ausgeschlossen sein oder abgelehnt werden. Die Entscheidung erfolgt durch das Gericht oder den Richter, von welchem der Dolmetscher zugezogen ist (§ 193 GVG).

§ 46. Besondere Formen der Parteierklärung.

Ueberall, wo an die Gestaltung der Parteierklärung weitere Anforderungen gestellt werden, und wo die Erfüllung dieser Erfordernisse zur Gültigkeit der betreffenden Erklärung gehört, handelt es sich um besondere Formen.

I. Hierher gehört vor Allem das im Anwaltszwange liegende Formerforderniß. Er besteht (s. oben S. 26) nach § 78 CPO darin, daß vor den Landgerichten und vor allen Gerichten höherer Instanz die Parteien sich durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen müssen, und zwar durch einen bei dem Prozeßgerichte zugelassenen Rechtsanwalt. Danach bedürfen der Vertretung durch einen Anwalt auch Behörden und die zum Richteramte befähigten Personen. Denn es liegt dem Gesetze weniger daran, daß eine juristisch gebildete, als vielmehr daran, daß eine juristisch gebildete und in der Vertretung von Parteiinteressen ihren Beruf ausübende Person vor Gericht auftrete. Daher kann ein Rechtsanwalt in einem Prozesse, in welchem er Partei ist, sich selbst vertreten (§ 78 Abs. 3), und der in Ehe-, Kindschafts- und Entmündigungssachen auftretende Staatsanwalt (s. oben § 12 S. 30) bedarf nicht der Vertretung durch einen Rechtsanwalt.

1. Umfang des Anwaltszwanges. Das Gesetz will die Vertretung durch einen Rechtsanwalt nicht im Prozesse, d. h. bei allen Prozeßhandlungen, sondern nur vor dem Landgerichte und den höheren Instanzen, d. h. im Verkehr der Partei mit dem Prozeßgericht. Damit ist dem Bedürfnisse genügt. Dem Anwaltszwange unterliegt daher vor allem die mündliche Verhandlung und es unterliegen ihm ferner die Schriftsätze, es sind von ihm befreit aber die Zustellungen (RG 17, 392; 24, 418).

Die Folge ist:

a) daß in der mündlichen Verhandlung nur diejenige Parteierklärung berücksichtigt werden kann, welche vom Rechtsanwalt Namens der Partei abgegeben wird; erscheint nur

Digitized by Google

die Partei, ist sie also unvertreten, so kann das Versäumnißurtheil gegen sie erlassen werden (§§ 330, 331). Dadurch wird nicht ausgeschlossen, daß

aa) die Partei selbst neben ihrem Anwalt erscheint und mit Zulassung des Gerichts den Vortrag ganz oder zum Theil übernimmt (§ 137 Abs. 4).

bb) daß das Gericht das persönliche Erscheinen einer oder beider Parteien anordnet und dann Erklärungen von ihnen entgegennimmt (§ 141); das Gericht hat diese Befugniß „zur Aufklärung des Sachverhältnisses," also um von der Partei selbst zu erfahren, was es vom Vertreter nicht erfahren kann.

In beiden Fällen ist das von der Partei Erklärte für das Gericht maßgebend, und stehen die Behauptungen der Partei mit der ihres Anwaltes im Widerspruch, so kann nur das gelten, was die Partei erklärt, denn der Anwalt ist nur Vertreter der Partei (§ 85 RG 10, 423).

b) Dem Anwaltszwange unterliegen ferner die Schriftsätze, und zwar nicht nur die oben S. 150 erörterten vorbereitenden, sondern alle von der Partei an das Gericht gehenden schriftlichen Erklärungen, z. B. auch die ein stillstehendes Verfahren wiederaufnehmenden Erklärungen (vgl. RG 40, 370). Die Schriftsätze müssen also, um prozessualische Gültigkeit zu haben, von einem bei demjenigen Gerichte zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein, dessen Gerichtsthätigkeit in Anspruch genommen wird (vgl. § 130 Nr. 6 CPO).

2. Der Anwaltszwang erleidet eine Reihe von Ausnahmen.

a) Wie oben bemerkt, ist vom Anwaltszwange frei das Zustellungswesen. Denn die Zustellung bildet nicht eine vor dem Prozeßgerichte, sondern eine gegenüber der Gegenpartei vorgenommene Prozeßhandlung. Will die Partei gegen ein amtsgerichtliches Urtheil Berufung einlegen, so muß zwar der Berufungsschriftsatz von einem beim Landgericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein, aber der diesen Schriftsatz dem Gegner zustellende Gerichtsvollzieher kann auch von der Partei selbst beauftragt werden (RG 17, 392 ff., 24, 418; 30, 389; 33, 399).

b) Frei vom Anwaltszwange sind ferner die Gesuche, welche die Vornahme eines den Gerichten übertragenen Justizverwaltungsaktes bezwecken. Hierher zählt man

Digitized by Google

insbesondere das Gesuch um Bestimmung des zuständigen Gerichts (§§ 36, 37).

c) Frei sind ferner diejenigen Gesuche der Partei, welche eine Prozeßführung erst ermöglichen sollen, daher das Gesuch der Partei um Beiordnung eines Rechtsanwalts, wenn sie selbst einen ihrer Vertretung geneigten Anwalt nicht findet (§ 33 RAO), und das Gesuch um Bestellung eines Vertreters für den nicht prozeßfähigen Beklagten (§ 57 CPO). Alle diese Handlungen sind keine Prozeßhandlungen.

Auf ausdrücklicher Gesetzesvorschrift (§ 78 Abs. 2) beruhen folgende Ausnahmen:

d) das Verfahren vor einem beauftragten oder ersuchten Richter. Hierher gehört namentlich das vorbereitende Verfahren in Rechnungssachen und ähnlichen Angelegenheiten (§§ 348—354). Die anderen vom Gesetze zugelassenen Fälle betreffen vorzugsweise Akte der Beweisaufnahme (§§ 361, 362, 372, 375, 402, 434, 479, 619 CPO). Daß bei diesen letzteren die Partei selbst ihre Rechte wahrnehmen kann, greift nicht tief in das Prinzip ein, weil vor dem beauftragten oder ersuchten Richter weder neue Beweisanträge gestellt noch Parteibehauptungen vorgebracht werden können, die Befugnisse der Partei beschränken sich daher im wesentlichen auf das Recht, den zu vernehmenden Personen Fragen vorlegen zu lassen oder mit Bewilligung des Richters selbst vorzulegen (§ 397). Dagegen verwandelt sich jenes vorbereitende Verfahren ganz und gar in einen sogenannten Parteiprozeß.

e) Prozeßhandlungen, welche vor dem Gerichtsschreiber vorgenommen werden können. Die zugelassenen Fälle bestimmt das Gesetz[1]), und zwar handelt es sich dabei grundsätzlich um Parteierklärungen, welche nicht Prozeßstoff beschaffen, also nicht auf die Prozeßentscheidung unmittelbar einwirken wollen. Das Gesetz beabsichtigt für diese Fälle eine Erleichterung des Verkehrs der Partei mit dem Gericht, es giebt deshalb auch im Anwaltsprozeß der Partei die Möglichkeit protokollarischer Erklärung vor dem Gerichtsschreiber oder schriftlicher Erklärung in einem von der Partei selbst unterzeichneten Schriftsatze (RG 3, 372). Es kommt daher auch nicht darauf an, ob die Erklärung

[1]) §§ 44, 104, 118, 248, 386, 406, 486, 569, 647, 676, 685, 920, 936, 947 CPO.

Digitized by Google

vor dem Gerichtsschreiber des Prozeßgerichts oder vor dem eines anderen Gerichts abgegeben wird.

II. Formvorschriften werden im Rechtsverkehr als Schranken der Freiheit lästig empfunden. Die Folge ist, daß, während Zeiten einfachen Verkehres die Form überschätzen, der gesteigerte Verkehr nach völliger Formfreiheit strebt. Das Prozeßrecht kann aber Formvorschriften nicht entbehren; denn eine geordnete und sichere Rechtspflege kann nur dann stattfinden, wenn sowohl der Prozeßgegner als das Gericht völlige Klarheit darüber erlangen, welchen Zweck die Partei mit einer bestimmten Prozeßhandlung verfolgt. Selbst auf die schwere Gefahr hin, daß das gute Recht an einer Formschranke zu Falle kommen kann, hat deshalb auch unser neuestes Prozeßrecht bestimmte Formerfordernisse gerade für besonders wichtige Prozeßhandlungen aufgestellt. Ob es damit nicht zu weit gegangen ist, soll hier nicht erörtert werden. Jedenfalls sollte überall da, wo es sich nur um die Frage handelt, ob einem Formerfordernisse Genüge geleistet ist, niemals vergessen werden, daß jene *besonderen Formen* nur den Zweck haben, den Sinn einer Willensbethätigung der Partei außer Zweifel zu stellen.

Ein Bedürfniß nach besonderen Formvorschriften waltet in unserem Prozeßrecht nur gegenüber den *schriftlichen* Erklärungen der Parteien ob. Denn im mündlichen Verkehre der Parteien untereinander und mit dem Gericht kann und soll jede Unklarheit und jede Unvollständigkeit durch Fragen oder sonstige Anregung beseitigt werden (§§ 136, 139, 503, 504 Abs. 2 CPO). Auch gegenüber denjenigen schriftlichen Erklärungen der Parteien, welche die mündliche Verhandlung nur *vorbereiten*, wäre die Anwendung strenger Formvorschriften nicht am Platze, weil der Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze nicht von entscheidender Bedeutung ist. Aus diesem Grunde bedient sich die CPO in § 130 nicht des gebietenden Wortes „müssen", sondern nur des ermahnenden Wortes „sollen".

Es verbleiben hiernach nur die sogen. *bestimmenden Schriftsätze*. Dieser nicht vom Gesetz gebrauchte Ausdruck bezeichnet diejenigen schriftlichen Erklärungen der Partei, welche mit Rechtswirkung ausgestattet sind. Denn während der bloß vorbereitende Schriftsatz sich an den Prozeßgegner wendet, um ihm die Möglichkeit vollständiger Erklärung zu gewähren, enthält der *bestimmende Schriftsatz* ein

Digitized by Google

prozessualisches Rechtsgeschäft und begründet also einen prozessualischen Anspruch der Partei gegen das Gericht auf Vornahme einer Rechtsschutzthätigkeit, oder er enthält die Ausübung eines prozessualischen Rechtes.

Bestimmende Schriftsätze sind nach der CPO:

1. Die Klageschrift (§ 253), denn sie ist nothwendig zur Begründung des Prozeßrechtsverhältnisses.

2. Die Berufungs-, die Revisions- und die Beschwerdeschrift (§§ 518, 553, 569), denn sie eröffnen eine neue Instanz.

3. Die Einspruchsschrift (§ 340), denn der Einspruch beseitigt das Versäumnißurtheil.

4. Der Beitritt des Nebenintervenienten (§ 70), denn er erklärt die Theilnahme der Nebenpartei am Rechtsstreit.

5. Der eine Streitverkündung aussprechende Schriftsatz (§ 73), denn er wahrt der Partei gewisse Rechte gegenüber dem Angerufenen (vgl. §§ 68, 69).

6. Das Gesuch um Erlassung eines Zahlungsbefehles (§ 690), denn es begründet den Anspruch auf Vornahme dieser Rechtspflegethätigkeit.

7. Die Zurücknahme der Klage (§ 271), denn sie hebt das Prozeßrechtsverhältniß auf.

In allen diesen Fällen macht das Gesetz (durch das Wort „muß") die Rechtsgültigkeit der Handlung davon abhängig, daß der Schriftsatz einen bestimmten Inhalt hat. Dadurch wird das Verlangen der Partei in einer jedes Mißverständniß ausschließenden Weise klar gestellt. Verlangt die Partei darüber hinaus eine sich nicht von selbst verstehende Rechtsschutzthätigkeit, wie z. B. die Verhandlung der Sache im Urkunden- oder Wechselprozesse, so gehört auch die bestimmte Erklärung hierüber zu den Formerfordernissen der betreffenden Prozeßhandlung (§§ 593, 604).

Ob noch weitere Formerfordernisse zu erfüllen sind, hängt von dem unmittelbaren Zwecke des Schriftsatzes ab. Darum wird die Beschwerdeschrift (§ 569) und das sogen. Mahngesuch (§ 690) rechtlich wirksam mit der Einreichung bei Gericht, denn beide Schriftsätze begehren unmittelbar eine richterliche Thätigkeit: entspricht das Mahngesuch den gesetzlichen Erfordernissen, so führt es ohne vorgängiges Gehör des Gegners unmittelbar zum Erlasse des Zahlungsbefehles, d. h. der verlangten richterlichen Thätigkeit (§§ 689

Digitized by Google

bis 692); und ist Beschwerde eingelegt, so kann das Gericht den Gegner hören oder mündliche Verhandlung anordnen (§ 573), nothwendig und gebräuchlich ist es nicht. Die anderen bestimmenden Schriftsätze enthalten zugleich eine an den Gegner gerichtete und auch gegen ihn wirksame Willensbethätigung. Das Gesetz macht deshalb ihre Rechtswirksamkeit von dem ferneren Erforderniß der Zustellung an den Gegner abhängig. Die Zustellung gehört demnach mit zu den formalen Erfordernissen der Wirksamkeit dieser Schriftsätze.

Schriftsätze, welche eine mündliche Verhandlung herbeiführen, müssen eine Ladung, d. h. die an den Gegner gerichtete Aufforderung enthalten, in dem vom Vorsitzenden oder dem Amtsrichter zur mündlichen Verhandlung anberaumten Termine zu erscheinen, und im Anwaltsprozeß, sofern die Zustellung der Ladung nicht an einen Rechtsanwalt erfolgt, zugleich die Aufforderung an den Gegner, einen bei dem Prozeßgerichte zugelassenen Rechtsanwalt zu bestellen (§§ 214, 215).

Für alle Prozeßschriften, nicht bloß die vorbereitenden Schriftsätze, für welche dies in § 130 Nr. 6 ausdrücklich vorgeschrieben ist, gilt die selbstverständliche Formvorschrift, daß sie von derjenigen Person, welche die darin enthaltene Erklärung abgiebt, unterzeichnet sein müssen (RG 31, 375), denn nur hierdurch wird festgestellt, daß die Schrift dem Willen dessen, der in ihr eine Erklärung abgiebt, entspricht.

§ 47. Die Form der richterlichen Handlungen.

1. Ueberall da, wo der Richter im unmittelbaren Verkehr mit der Partei steht, ist es natürlich und nothwendig, daß auch er sich des gesprochenen Wortes als Gedankenausdrucksmittels bediene. Aus diesem Grunde verlangt die CPO die Verkündung der Urtheile (§§ 310, 311) sowie aller derjenigen Entscheidungen, welche auf Grund mündlicher Verhandlung erlassen werden (§§ 136, 160 Nr. 6 und namentlich 329). Denn Verkündung ist die mündliche Mittheilung dessen, was das Gericht erklärt.

Sie muß in dem Termine, in welchem die mündliche Verhandlung geschlossen wird, oder in einem sofort anzuberaumenden Termine, welcher nicht über eine Woche hinaus angesetzt werden soll, erfolgen (§§ 310, 329). Wird von

Digitized by Google

der Befugniß der Ansetzung eines besonderen Verkündungstermins Gebrauch gemacht, so ist dieser Termin auch nur Verkündungstermin. Daher entstehen für die Parteien aus ihrem Fernbleiben von diesem Termin keine Rechtsnachtheile; es dürfen aber auch andere Handlungen, insbesondere Beweisaufnahmen, beständen sie auch nur in der Ueberreichung von Urkunden, nicht stattfinden (RG bei Rassow-Küntzel 37, 1126). Dagegen darf die Verkündung unter Mitwirkung anderer Richter geschehen als derjenigen, welche die Entscheidung getroffen haben.

Die Anberaumung eines besonderen Verkündungstermines ist zwar hiernach ein Recht des Richters, aber ein solches, das er nur ausnahmsweise ausüben darf. Abgesehen davon, daß die Rücksicht auf die anwesenden Parteien eine sofortige Verkündung erheischt, geht bei Verschiebung der der Verkündung vorhergehenden Ueberlegung (beim Einzelrichter) oder Berathung (bei Kollegien) der frische Eindruck der mündlichen Verhandlung, vielleicht sogar die Erinnerung an ihren Inhalt, verloren.

Aus der Ansetzung eines Verkündungstermines folgt keineswegs die Nothwendigkeit, eine endgültige Entscheidung zu erlassen und zu verkünden. Das Gericht kann bei Prüfung der Sachlage finden, daß eine Beweisaufnahme oder sonstige weitere Aufklärung des Sachverhaltes durch die Parteien erforderlich ist. In letzterem Falle kann im Verkündungstermine bei Anwesenheit beider Parteien sofort in die erneute Verhandlung eingetreten werden, wenn die Parteien verhandeln wollen und der Richter verkündet hat, daß er einer erneuten Verhandlung bedürfe. Denn in diesem Falle verwandelt sich der Verkündungstermin in einen Verhandlungstermin.

Die Verkündung erfolgt bei Urtheilen durch Vorlesung der Urtheilsformel. Für alle diejenigen Urtheile aber, bei welchen eine irrige Abweichung der vom Richter gegebenen Mittheilung von dem, was er entschieden hat und also verkünden will, nicht leicht vorkommen kann, d. i. bei Versäumnißurtheilen, Urtheilen, welche auf Grund eines Anerkenntnisses erlassen werden, sowie bei Urtheilen, welche die Folge der Zurücknahme der Klage oder des Verzichts auf den Klageanspruch, oder welche den Eintritt der in einem bedingten Endurtheil ausgedrückten Folgen aussprechen, ist die Erleichterung gewährt, daß sie verkündet werden können,

Digitized by Google

auch wenn die Urtheilsformel noch nicht schriftlich abgefaßt ist. Ein Weiteres ist für die Verkündung nicht geboten; ob die Entscheidungsgründe verkündet werden sollen, hängt vom Ermessen des Gerichts ab; werden sie verkündet, so geschieht dies entweder durch Vorlesung der bereits niedergeschriebenen Entscheidungsgründe oder durch mündliche Mittheilung ihres wesentlichen Inhalts (§ 311).

Für die Verkündung anderer Entscheidungen besteht eine Formvorschrift nicht (§ 329).

2. Ueberall da aber, wo das Gericht nur auf Grund schriftlicher Parteierklärung entscheidet, kann das Gericht seine Entscheidung auch nur in Schriftform zum Ausdruck bringen. Aus diesem Grunde spricht § 329 Abs. 3 CPO den Satz aus, daß nicht verkündete Beschlüsse und nicht verkündete Verfügungen des Vorsitzenden und eines beauftragten oder ersuchten Richters den Parteien von Amtswegen zuzustellen sind. Denn hieraus folgt, daß die betreffende Entscheidung schriftlich abgefaßt werden muß und daß es Sache des Gerichtes ist, den Parteien in der Form Mittheilung zu machen, welche die Schriftlichkeit des Verfahrens gebietet.

Diejenigen Rücksichten aber, welche dazu nöthigten, gewissen Erklärungen der Parteien durch Zuhülfenahme der Schrift eine gewisse Dauer zu sichern, wirken gegenüber den Entscheidungen in dem Maße stärker, in welchem die Bedeutung der niedergeschriebenen richterlichen Willenserklärung als öffentlicher Urkunde höher steht als das Vorbringen der Partei. Denn das letztere verfolgt nur den Zweck, dem Richter für die von ihm zu fällende Entscheidung Anhalt und Grundlage zu geben, dieser Zweck aber ist erreicht, sobald die Entscheidung gefällt ist. Die richterlichen Willenserklärungen sind, wie unten näher dargelegt werden wird, entweder prozeßleitender oder prozeßentscheidender Natur. Die prozeßleitenden Anordnungen haben regelmäßig ihren Zweck erreicht, wenn die betreffende mündliche Verhandlung, in welcher sie erlassen sind, beendet ist (z. B. die Anordnung, daß der Vortrag sich zunächst auf einen bestimmten Punkt beschränken soll), jedenfalls aber mit der Beendigung des Prozesses. Anordnungen ersterer Art werden mündlich erlassen und brauchen nicht protokollirt zu werden; Anordnungen letzterer Art, wie z. B. Beweisbeschlüsse, Anordnungen über Trennung oder Verbindung verschiedener Prozesse müssen schriftlich niedergelegt werden, denn es

Digitized by Google

kommt meistens auf Festhaltung ihres Wortlautes an. Es geschieht dies in der Weise, daß der Wortlaut der Entscheidung in das Sitzungsprotokoll oder in ein dem Protokolle als Anlage beigefügtes Schriftstück aufgenommen wird (§ 160 Nr. 5).

Unter den Entscheidungen im engeren Sinne des Wortes nimmt natürlich das Endurtheil die wichtigste Stelle ein. Hätte es nur den Zweck, die Parteien darüber zu belehren, wer im Rechte ist, so würde seine bloße Verkündung genügen; es soll aber auch in alle Zukunft für das Verhalten der Parteien und ihrer Rechtsnachfolger die maßgebende Norm bilden, und es soll sowohl dem Richter der höheren Instanz wie dem in einem etwaigen späteren Prozesse thätigen Richter Belehrung darüber ertheilen, was Gegenstand des Streites in der früheren Instanz oder in dem früheren Prozesse war.

Der hervorragenden Wichtigkeit dieser Entscheidung entspricht es, daß das Urtheil nicht nur der oben mitgetheilten allgemeinen Vorschrift (§ 160 Nr. 5) unterworfen ist, sondern daß über die Zeit, innerhalb welcher es schriftlich abgefaßt sein soll, und insbesondere über seine Form besondere Vorschriften gegeben sind (§§ 315 Abs. 2, 313). Hier interessieren nur die letzteren.

Das Urtheil enthält:

1. den Eingang (das sogen. Rubrum), d. h.

a) die Bezeichnung der Parteien, ihrer gesetzlichen Vertreter und der Prozeßbevollmächtigten nach Namen, Stand oder Gewerbe, Wohnort und Parteistellung,

b) die Bezeichnung des Gerichts und die Namen der Richter, welche bei der Entscheidung — nicht bei der Verkündung, denn das steht im Protokoll über den Verkündungstermin — mitgewirkt haben[1]).

---

[1]) Der Eingang des Urtheils lautet hiernach etwa so:

In der Prozeßsache des Kaufmanns Robert Müller zu Haynau, Klägers (Prozeßbevollmächtigter Rechtsanwalt Mayer in Görlitz),

gegen

den durch seinen Vater, den Rentner Anton Schulze zu Muskau vertretenen Gutsbesitzer Karl Schulze zu Muskau, Beklagten (Prozeßbevollmächtigter Rechtsanwalt Schmalz zu Görlitz),

hat die zweite Civilkammer des Landgerichts zu Görlitz unter Mitwirkung des Landgerichtsdirektors Stempel und der Landgerichtsräthe Groß und Klein

folgendes Urtheil erlassen:

Digitized by Google

2. den Thatbestand, d. h. eine gedrängte Darstellung des Sach- und Streitstandes auf Grundlage der mündlichen Vorträge der Parteien unter Hervorhebung der gestellten Anträge;

3. die Entscheidungsgründe;

4. die von der Darstellung des Thatbestandes und der Entscheidungsgründe äußerlich zu sondernde Urtheilsformel.

Hierzu tritt ferner (§ 315)

a) die Unterschrift derjenigen Richter, welche bei der Entscheidung — nicht bei der Verkündung — mitgewirkt haben; ist ein Richter (durch Abwesenheit, Krankheit oder andere Gründe) verhindert, seine Unterschrift beizufügen, so wird dies unter Angabe des Verhinderungsgrundes von dem Vorsitzenden und bei dessen Verhinderung von dem ältesten beisitzenden Richter unter dem Urtheile bemerkt;

b) die vom Gerichtsschreiber zu unterschreibende Bemerkung, an welchem Tage das Urtheil verkündet worden ist.

Daß der Eingang von den anderen Theilen des Urtheils äußerlich zu sondern ist, versteht sich von selbst, und daß die Sonderung der Urtheilsformel besonders vorgeschrieben ist, hat seinen Grund nicht nur in der Nothwendigkeit besonderer Klarheit und Bestimmtheit der Formel, also in der Nothwendigkeit der Fernhaltung alles nur erläuternden Beiwerks, sondern auch in dem Interesse an dem äußerlichen Hervortreten dieses wichtigsten Urtheilsbestandtheiles. Die Urtheilsformel ist der Ausspruch des Richters, daß und inwieweit dem Klageantrage stattgegeben oder daß der Antrag verworfen werde; sie ist der Ausspruch des Gerichts über das, worüber die Parteien Urtheil begehren, sie schließt sich also an den Klageantrag, der ja einen Urtheilsvorschlag enthält, an und ist unvollständig, wenn sie sich nicht über alles ausläßt, worüber Urtheil verlangt wird, also namentlich, wenn sie den Widerklageantrag übergeht oder über die Verpflichtung zur Tragung der Prozeßkosten in einem Falle nicht entscheidet, in welchem über die Kosten zu entscheiden wäre (vgl. § 321)[1]).

---

[1]) Die Formel lautet daher etwa dahin:
Der Beklagte wird verurtheilt (oder hat), an den Kläger 300 Mk. nebst 4% Zinsen vom 15. Januar 1900 ab zu zahlen und die Kosten des Rechtsstreits zu tragen

Digitized by Google

Thatbestand und Entscheidungsgründe dienen nur der Erläuterung der in der Urtheilsformel gegebenen Entscheidung, gleichwohl hat jeder dieser Urtheilsbestandtheile wiederum seinen besonderen Zweck. Wenngleich also die äußerliche Sonderung der Gründe vom Thatbestand nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist, so ist sie doch eine durch diese besonderen Zwecke und durch die Behandlung unter verschiedenen Nummern offenbar auch vom Gesetze gestellte Forderung. Denn während der Thatbestand berichtet, was die Parteien vorgebracht haben, giebt in den Entscheidungsgründen der Richter Rechenschaft über das, was ihn gerade zu dieser von ihm gefällten Entscheidung bestimmt hat. Der Thatbestand ist also Geschichtserzählung, die Entscheidungsgründe sind Gedankenentwicklung, im Thatbestande sprechen die Parteien, in den Entscheidungsgründen der Richter.

Der Thatbestand hat, wie oben (S. 155) erörtert, vor Allem den Zweck, klarzulegen, welchen Anspruch der Kläger erhoben hat. Es bedarf daher nicht bloß der Mittheilung des von ihm gestellten Antrages, sondern auch der Anführung der vom Kläger zum Zwecke der Begründung des Antrages behaupteten Thatsachen. Nur aus der Verbindung beider läßt sich erkennen, welches Rechtsverhältniß der Kläger behauptet, über welchen Anspruch er also ein Urtheil verlangt hat. So ist z. B. der Antrag, den Beklagten zur Herausgabe des Pfandbriefes Nr. . . . . zu verurtheilen, indifferent; erst aus den nun folgenden Worten des Thatbestandes: „Kläger behauptet, daß er den Pfandbrief dem Beklagten in Verwahrung gegeben habe," erfährt der Leser, daß der Kläger nicht die Eigenthumsklage (§ 985 BGB), auch nicht die Besitzentziehungsklage (§ 861 BGB), sondern den Anspruch auf Erfüllung eines Verwahrungsvertrages erhebt (§ 695

Oder: Der Beklagte hat gegen Empfangnahme von 5000 Mark dem Kläger das Hausgrundstück Nr. 12 Mittelwalde aufzulassen und die Kosten u. s. w.

Oder: Dem Kläger steht das Recht zu, vom 1. Oktober 1900 ab 5% des Reingewinnes der Steinkohlengrube Konsolidirte Oskar zu ziehen, mit seinen weitergehenden Anträgen wird der Kläger unter Verurtheilung zu 1/3 der Kosten abgewiesen; der Beklagte hat 2/3 der Kosten zu tragen,

Oder: Kläger wird mit der Klage abgewiesen und hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen (N. b. wie der Antrag des Klägers gelautet, ergiebt sich aus dem Thatbestande und braucht daher in die Formel nicht mit aufgenommen zu werden).

Digitized by Google

BGB). Der Thatbestand soll aber ferner mittheilen, daß und worüber *gestritten* worden ist: er enthält eine „Darstellung des Sach- und *Streit*standes," d. h. eine Darstellung derjenigen *Thatsachen*, über welche ein Streit *nicht* bestand (Sachstand), sowie derjenigen Thatsachen*behauptungen*, welche von der Gegenseite bestritten worden sind. Hieraus folgt die Nothwendigkeit einer Mittheilung auch des vom Beklagten gestellten Antrages. Es empfiehlt sich daher, die Anträge der Parteien voranzustellen, alsdann den Sachstand und hierauf den Streitstand mitzutheilen[1]), dabei aber hervortreten zu lassen, ob eine thatsächliche Behauptung von der Gegenpartei zugestanden oder nur nicht bestritten worden ist.

Die Darstellung des Thatbestandes soll eine *gedrängte* sein und das mündlich Vorgebrachte wiedergeben. Unter dieser Voraussetzung schließt das Gesetz eine Bezugnahme auf den Inhalt der vorbereitenden Schriftsätze und auf die zum Sitzungsprotokolle erfolgten Feststellungen *nicht* aus. Hieraus folgt deutlich, daß von der Befugniß einer Bezugnahme nur in den seltensten *Ausnahmefällen* Gebrauch gemacht werden darf (wenn zahlreiche Namen, Daten, eingehende Berechnungen mit großem Zahlenmaterial mitgetheilt werden müßten). Denn das Urtheil soll ohne Zuhülfenahme weiterer Schriftstücke durch sich selbst verständlich sein[2]). Das Urtheil

---

[1]) Z. B. Kläger hat den Antrag gestellt, dem Beklagten solle aufgegeben werden, an Kläger 100 Mark zu zahlen,
der Beklagte hat Abweisung der Klage beantragt.
Der Kläger hat dem Beklagten am 2. Januar 1900 ein Darlehn von 100 Mark gegeben (Anführung einer nicht bestrittenen Thatsache!).
Kläger behauptet, dem Beklagten das Darlehn vor länger als einem Monat gekündigt zu haben.
Der Beklagte bestreitet die behauptete Kündigung und stellt die vom Kläger zugestandene Behauptung auf, daß Kläger bei einem persönlichen Zusammentreffen am 5. März 1900 dem Beklagten gegenüber erklärt hat: „Ich will von der ganzen Sache nichts mehr wissen." Der Beklagte erblickt hierin einen ihm gewährten Schulderlaß, während der Kläger bestreitet, daß jene Worte sich auf das Darlehn bezogen hätten und behauptet, daß sie in keinem Falle den vom Beklagten unterstellten Sinn gehabt hätten.
Beide Parteien haben sich auf das Zeugniß des Gastwirths Dünnbier berufen.

[2]) Die Judikatur der beiden deutschen Revisionsgerichte gerade hierüber ist eine reiche. Sie beweist, daß eine Bezugnahme auf die Schriftsätze fast immer einen Verzicht auf die elementarsten Erfordernisse eines Thatbestandes: der Uebersichtlichkeit und der Freiheit von Widersprüchen enthält.

Digitized by Google

des Berufungsgerichts kann auf den Thatbestand des Urtheils erster Instanz Bezug nehmen, aber auch hier ist Vorsicht geboten.

Die Entscheidungsgründe enthalten vor Allem die juristische Beurtheilung des im Thatbestande erzählten Prozeßstoffes. Reicht diese Beurtheilung aus, so bildet sie den einzigen Inhalt der Gründe. Dies ist aber nur dann der Fall, wenn die unstreitigen oder zugestandenen Thatsachen allein die getroffene Entscheidung rechtfertigen oder wenn die behaupteten, aber streitiger Thatsachen die aus ihnen von der Partei hergeleitete Rechtsfolge nicht begründen. War es aber nothwendig, bestrittene Behauptungen zu bewahrheiten, so tritt zu jener juristischen Beurtheilung noch die Wahrheitsprüfung hinzu. Hieraus folgt, daß die Entscheidungsgründe nur dann logisch verfahren, wenn sie zuerst die juristische Beurtheilung bringen und durch diese klarlegen, warum die Bewahrheitung dieser oder jener Thatsachenbehauptung geboten war, dann aber erst in eine Prüfung des Beweisergebnisses eintreten.

Daß die Angabe der von den Parteien angebotenen Beweismittel und die Wiedergabe der Beweisergebnisse in den Thatbestand, die Prüfung der Beweisergebnisse aber in die Gründe gehört, kann nicht zweifelhaft sein.

Ueber die Form der Abfassung bloßer Beschlüsse giebt das Gesetz keine Vorschriften. Denn sie stehen an Wichtigkeit hinter dem Urtheil zurück, und ihr Inhalt ist zu mannigfaltig, als daß sie unter allgemeine Grundsätze gestellt werden könnten. Aus diesem letzteren Grunde muß in jedem einzelnen Falle das Bedürfniß darüber entscheiden, ob dem eigentlichen Rechtsausspruche Gründe und ein Thatbestand beizufügen sind. Die Angabe der Gründe hat sich zur Regel entwickelt und sollte nur in besonderen Ausnahmefällen wegbleiben. Auch die Vorschrift über die Unterzeichnung (§ 315) bezieht sich nur auf Urtheile. Beschlüsse eines Kollegialgerichts sind demnach formell gültig, wenn sie nur vom Vorsitzenden und einem beisitzenden Richter unterschrieben werden.

Eine Ausnahme von dieser Formlosigkeit macht der Beweisbeschluß insofern, als ihm in § 359 ein bestimmter Inhalt vorgeschrieben ist.

Digitized by Google

§ 48. Die Verletzung der Form.

Grundsätzlich ist diejenige Prozeßhandlung, welche unter Verletzung der für sie vorgeschriebenen Form bewirkt worden ist, ungültig und kann daher, wie die ungültige privatrechtliche Handlung, nicht die beabsichtigte Rechtsfolge haben.

Dieser Grundsatz aber ist im Prozesse undurchführbar. Denn alle Prozeßhandlungen streben nach dem einen Ziele: sie wollen Schutz des konkreten Rechtes und damit Aufrechterhaltung der Rechtsordnung überhaupt. Dieses Ziel darf nicht dadurch in Frage gestellt werden, daß *eine* der zahlreichen Handlungen, aus denen jedes Prozeßverfahren besteht, nicht genau der Form entsprach, die das Gesetz haben wollte. Die prozessualischen Formvorschriften bilden aber selbst einen Theil der Rechtsordnung, an deren Aufrechthaltung weniger der Einzelne als die Gesammtheit ein Interesse hat.

Man muß daher diejenigen Formvorschriften, welche im *öffentlichen* Interesse gegeben sind, von denjenigen scheiden, welche nur *private* Interessen der gerade in diesem Prozesse streitenden Parteien berühren. Während jene den Zweck haben, für einen geregelten Prozeßgang überhaupt zu sorgen, wollen diese die Parteien vor formlosen und daher möglicherweise unbestimmten und nach Absicht und Zweck unklaren Handlungen schützen. Die Folge der Verletzung jener Formvorschriften ist *Nichtigkeit* der einzelnen Handlung und daher regelmäßig des ganzen Prozesses, daher hat der Richter von Amtswegen auf Wahrung der Form zu halten und kein Verzicht der Partei vermag die Nichtigkeit zu heilen. Diese Formvorschriften hat § 295 Abs. 2 CPO im Sinne, wenn er die Beachtung derjenigen Formen zur Amtspflicht des Richters macht, auf deren Befolgung eine Partei wirksam nicht verzichten kann. Hierher gehören die Grundsätze über die Mündlichkeit der Verhandlung und über den Anwaltszwang.

Die im *privaten Interesse* gegebenen Formvorschriften behandelt der Abs. 1 des § 295, indem er den Parteien im Falle der Formverletzung nur ein *Rügerecht* gewährt. Dieses Rügerecht unterliegt der *freien Verfügung* der Partei; sie kann darauf ausdrücklich und stillschweigend verzichten. Ein stillschweigender Verzicht ist nämlich dann erklärt, wenn in der mündlichen Verhandlung, welche auf Grund des mangelhaften Verfahrens stattgefunden

Digitized by Google

hat oder in welcher auf die mangelhafte Handlung Bezug genommen wird, die Partei den Mangel zu rügen unterläßt, obwohl sie in der Verhandlung erscheint und den Mangel kennt oder kennen muß. Enthält z. B. die Klageschrift keine Ladung (§ 253 Abs. 2 Nr. 3), so ist der Beklagte, dem ein solches Schriftstück zugestellt wird, zunächst in der üblen Lage, daß er nicht weiß, was er gegenüber jenem Schriftstücke thun soll. Erscheint er in der mündlichen Verhandlung nicht, so kann ein Versäumnißurtheil gegen ihn nicht erlassen werden, denn das Schriftstück, das ihm zugestellt worden, war keine Klageschrift. Erscheint er und rügt er den Mangel der Form, so muß der Kläger abgewiesen werden (ein Fall der sogen. absolutio ab instantia); rügt der erschienene Beklagte den Mangel nicht in dem ersten Verhandlungstermine, so kann er später nicht mehr darauf zurückkommen, folglich kann bei seinem Ausbleiben in einem späteren Verhandlungstermine Versäumnißurtheil gegen ihn erlassen werden.

Die Verletzung einer im privaten Interesse gegebenen Formvorschrift begründet also nicht die Nichtigkeit, sondern nur die (heilbare) Unwirksamkeit der betreffenden, sei es von einer Partei oder einem Rechtspflegeorgane vorgenommenen Prozeßhandlung.

Wo die Grenze zwischen jenen und diesen Formvorschriften liegt, läßt sich nicht durch einen allgemeinen Satz aussprechen. Die reichhaltige Judikatur zählt zu den Formvorschriften privater Natur insbesondere die über die Abfassung der Schriftsätze, auch der sogen. bestimmenden, und die über die Vornahme der Zustellungen und Ladungen.

B. Zweiter Abschnitt: Der Prozeß als Rechtsverhältniß.

§ 49. Das Wesen des Prozeßrechtsverhältnisses.

Der einzelne Prozeß bildet nicht nur eine Aufeinanderfolge von Handlungen, er bildet auch, wie erst in neuerer Zeit erkannt worden ist[1]), ein Rechtsverhältniß des öffentlichen Rechtes.

[1]) Bahnbrechend war das Werk von Bülow: Prozeßeinreden und Prozeßvoraussetzungen 1868. Namentlich aufgenommen von Wach, Handbuch I § 4 und von dem allerdings in prinzipiellen Fragen abweichenden Werke von Kohler: Der Prozeß als Rechtsverhältniß. 1888.

Digitized by Google

Dieses Rechtsverhältniß wird begründet und gelöst durch Handlungen, welche dem Prozeßrecht angehören und, soweit dabei die Parteien eine rechtsbegründende Macht ausüben, sich als prozessualische Rechtsgeschäfte darstellen.

Der Inhalt des Rechtsverhältnisses besteht in Rechten und Pflichten der Prozeßbetheiligten und bestimmt sich durch den Zweck des Prozesses überhaupt.

Dieser Zweck ist der Rechtsschutz für ein des Rechtsschutzes bedürftiges privatrechtliches Interesse. Gewährt wird der Rechtsschutz vom Staate durch die von ihm zu diesem Zwecke eigens eingesetzten Organe. Daraus folgt die Pflicht des im gegebenen Falle die Gerichtsbarkeit ausübenden Organes zur Vornahme derjenigen Thätigkeit, welche nach Lage der Sache das Rechtsschutzinteresse zu befriedigen geeignet ist, zugleich aber auch die Pflicht der Parteien, bei diesem Rechtspflegeorgane Recht zu nehmen, d. i. die Rechtsschutzthätigkeit, insbesondere den Rechtsausspruch dieses Organes als für sie verbindliches Rechtsgebot hinzunehmen.

Es folgt hieraus gleichzeitig, daß in diesem Rechtsverhältnisse nicht etwa nur die Parteien untereinander, sondern auch die Parteien zum Gerichte stehen[1]). Denn wenngleich der Staat über den Parteien steht und sein Ausspruch für sie ein Machtgebot bildet, so darf doch nicht übersehen werden, daß er im Civilprozeß nur auf Verlangen der Parteien in Thätigkeit und auf Verlangen der Parteien wieder außer Thätigkeit tritt und daß seine Gebote nur dann für die Parteien maßgebend sind, wenn sie von dem zuständigen Organe ertheilt werden.

Danach besteht das Prozeßrechtsverhältniß in einer subjektiven Beziehung einer Mehrheit von Rechtssubjekten, und diese Mehrheit der Prozeßsubjekte bedingt auch eine Mehrheit der Art nach verschiedener rechtlicher Beziehungen. Beide Parteien erlangen durch Begründung des Prozeßverhältnisses den Anspruch auf Gewährung von Rechtsschutz. Der Rechtsschutz wird gewährt durch das Urtheil. Darum ist dieses das Ziel aller prozessualen Handlungen, und zugleich das Ende des Prozeßrechtsverhältnisses. Auf Erlaß

[1]) Letzteres leugnet Kohler a. a. O. S. 6 ff. mit Unrecht. Gegen ihn v. Schrutka-Rechtenstamm in Grünhuts Zeitschrift f. d. private und öff. R. Bd. 16 S. 621. Neuestens auch Schmidt in seinem Lehrbuch.

Digitized by Google

des Urtheils haben also beide Parteien einen prozessualischen Anspruch gegen das Gericht. Rechtsschutzakt ist also das Urtheil d. h. die thatsächlich vom Richter gegebene Entscheidung, mögen auch die Parteien nur dasjenige Urtheil als Erfüllung ihres Rechtsschutzbedürfnisses ansehen, das ihrer Ansicht und daher ihrem Begehren entspricht. Diesem Anspruche der Parteien entspricht die Pflicht des Richters, das Urtheil, oder was ihm gleichsteht, zu ertheilen. Das Gericht ist also zu einem Handeln verpflichtet. Für die Parteien giebt es nur eine Pflicht, die Rechtsschutzthätigkeit des vom Staate eingesetzten Rechtspflegeorganes als für sie bindend hinzunehmen und nicht durch ein Verhalten, das sich als Mißbrauch der prozessualischen Einrichtungen darstellen würde, zu stören. Dagegen besteht für die Parteien eine Pflicht, zu handeln, nicht. Da ferner nur das Gericht den Rechtsschutz gewähren, nur dieses also den prozessualischen Anspruch erfüllen kann, tritt das Gericht zwischen die Parteien: unmittelbar gegeneinander haben die Parteien keine Rechte.

Das Prozeßrechtsverhältniß ist hiernach zwar ein einheitliches, weil es einem Ziele zustrebt, aber es ist entwicklungsfähig. Denn jenes Ziel wird regelmäßig nicht durch eine einzige prozessualische Thätigkeit erreicht, sondern ist stets das Ergebniß einer Mehrheit aufeinanderfolgender Thätigkeiten. Diese Thätigkeiten dienen alle einem nächsten Zwecke und damit jenem den ganzen Prozeß beherrschenden Zwecke. Besteht der nächste Zweck einer Parteihandlung in einer das Urtheil ermöglichenden und also vorbereitenden Thätigkeit des Richters, so haben wiederum beide Parteien einen prozessualischen Anspruch darauf, daß diejenige Richterhandlung vorgenommen werde, welche dem nächsten, aber untergeordneten Rechtsschutzanspruche entspricht. Es entstehen daher im Laufe des Prozesses besondere prozessualische Ansprüche. Beantragt z. B. eine Partei Vertagung der Verhandlung, während die andere Partei dem Antrage widerspricht, so haben beide Parteien Anspruch auf eine diesen nächstliegenden Punkt betreffende Entscheidung, und ist ein Urtheil gefällt, von einer Partei aber durch ein Rechtsmittel angefochten, so entsteht für beide Parteien der Anspruch auf Nachprüfung des Urtheils.

Trotz dieser Eigenarten des Prozeßrechtsverhältnisses treffen im übrigen doch die Analogieen des Privatrechtsverhältnisses zu. So wie dieses nur dadurch entsteht, daß ein Thatbestand begründet wird, welcher einem Privatrechtssatze

Digitized by Google

unterliegt, so entstehen das einheitliche Prozeßverhältniß und die im vorigen Absatz berührten, jenem untergeordneten besonderen prozessualischen Verhältnisse nur durch Begründung eines prozessualischen Thatbestandes, der einer Norm des Prozeßrechts unterliegt. So entsteht z. B. der Anspruch auf Nachprüfung des Urtheils aus dem prozessualischen Thatbestande, daß ein Urtheil erlassen und daß dies innerhalb der vom Gesetze gewährten Frist und in der vom Gesetze verlangten Form angefochten wird. Wie demnach ein privatrechtlicher Anspruch nur dann entsteht, wenn das objektive Privatrecht an den gegebenen Privatrechtsthatbestand einen solchen Anspruch knüpft, so entsteht ein prozessualischer Anspruch, wenn an den Prozeßthatbestand vom Gesetz eine rechtliche Folge geknüpft wird. Daher hat auch diejenige Partei prozessualische Ansprüche, der ein Privatrechtsanspruch nicht zur Seite steht, wenn sie nur den vom Gesetze vorausgesetzten prozessualischen Thatbestand herstellt, also z. B. einen dem Prozeßrecht genügenden Antrag stellt.

§ 50. Rechtsschutzbedingungen und Prozeßvoraussetzungen.

Durch Einsetzung von Rechtspflegeorganen und Aufstellung von Prozeßrechtsnormen wird die Möglichkeit des Rechtsschutzes gewährt, zugleich aber auch die Möglichkeit des Mißbrauches der Rechtspflegeeinrichtungen gegeben, da Niemand gehindert ist, von ihnen Gebrauch zu machen, mag er thatsächlich im Rechte sein oder irrthümlich an sein Recht glauben oder sogar von einem Nichtrecht überzeugt sein.

Die Gewährung des Rechtsschutzes selbst besteht immer nur in derjenigen Thätigkeit des Rechtspflegeorganes, welche ein als vorhanden anerkanntes Rechtsschutzbedürfniß befriedigt.

Allgemeine Bedingung eines jeden Rechtsschutzes ist also das Vorhandensein eines Rechtsschutzbedürfnisses. Die Frage nach dem Vorhandensein eines solchen Bedürfnisses kann nur das vom Staate eingesetzte Rechtspflegeorgan selbst prüfen, eine Prüfung, die nur dann zur Bejahung der Frage führt, wenn Derjenige, der die staatliche Hülfe anruft, ein vom Recht anerkanntes Interesse nachweist. Während das klassische römische Recht diejenige Anerkennung, die einem Rechtsschutzbegehren auch nur Seitens des Juris-

Digitized by Google

diktionsmagistrates zu Theil wurde, der gesetzlichen Anerkennung gleich behandelte, ist jetzt ein rechtliches Interesse nur da vorhanden, wo eine Rechtsnorm (Gesetz oder Gewohnheitsrecht) die Anerkennung ausspricht. Nach unserem gegenwärtigen Recht ist

1. ein der urtheilsmäßigen Feststellung bedürftiges Rechtsschutzinteresse vorhanden:

a) wenn ein Zustand eintritt, welcher einem Privatrechte widerspricht; denn in diesem Falle entsteht das Bedürfniß nach Herstellung eines dem Rechte entsprechenden Zustandes. Der Darlehnsgläubiger, dem das Darlehn nicht am Fälligkeitstage zurückgezahlt, der Käufer, dem die gekaufte Waare nicht vertragsgemäß geliefert, dem Wegeberechtigten, dem das vor seinem Wege befindliche Thor verschlossen, der Ehegatte, der von dem anderen Gatten böslich verlassen wird, der Erbe, dem Nachlaßsachen vorenthalten werden, fühlen sich ein Jeder in seinem Rechte verletzt. Hier ist die Bedingung für einen durch sogen. Leistungsurtheil zu gewährenden Rechtsschutz gegeben;

b) wenn Ereignisse eintreten, welche die Privatrechtsverhältnisse einer Person nur gefährden, ohne einen dem Rechte widersprechenden Zustand zu schaffen. Doch bedürfen diese Fälle der Umgrenzung. Die Gefahr kann drohen:

aa) einem Rechte der Person. Es kann z. B. geschehen, daß der durch einen Vertrag zu einer erst künftig fällig werdenden Leistung Verpflichtete die Gültigkeit des Vertrages bestreitet; daß der Miether, dem zu einem späteren Termine gekündigt ist, erklärt, daß die Kündigung nicht zulässig gewesen, das Miethverhältniß also noch nicht gelöst sei. Kann in einem solchen Falle die Gefahr nur durch ein Urtheil über das bedrohte Recht beseitigt werden, ist das Recht selbst aber noch nicht verletzt, so daß zur Zeit nicht die Leistung selbst begehrt werden kann, so sind nach §§ 256, 259 die Bedingungen für einen durch positives Feststellungsurtheil zu gewährenden Rechtsschutz vorhanden. Nach positiver Rechtsvorschrift (§ 256 CPO) kann eine solche Gefahr schon in dem Zweifel an der Echtheit einer Urkunde enthalten sein.

bb) der Freiheit von einer bestimmten Verpflichtung. Dieser Fall ist natürlich stets dann gegeben, wenn gegen Jemand im Wege der Klage ein Anspruch geltend

Digitized by Google

gemacht wird, dessen Bestehen der Beklagte bestreitet. Denn thäte der Beklagte in diesem Falle nichts, um den Angriff abzuwehren, so würde er wahrscheinlich (vgl. jedoch § 331 Abs. 2) zur Leistung verurtheilt und hierdurch mit einer bisher nicht vorhandenen Verpflichtung belastet werden. Hier ist also die Bedingung für ein die Klage abweisendes Urtheil gegeben.

Das positive Recht geht aber in der Auffassung einer Gefährdung weiter und erblickt eine solche schon in minder drohenden Handlungen, z. B. schon darin, daß ein Anderer sich eines Anspruches nur berühmt oder daß er sich auf eine Urkunde beruft, welche einen solchen Anspruch äußerlich beweist, aber unecht ist. In solchen Fällen sind die Bedingungen für einen durch negatives Feststellungsurtheil zu gewährenden Rechtsschutz vorhanden (§ 256).

2. Das positive Recht erkennt unter gewissen Bedingungen ein Rechtsschutzinteresse auf Gewährung von prozessualischen Vortheilen anderer Art an. Hierher gehören:

a) prozessualische Sicherheitsmittel:

aa) der Arrest und die einstweilige Verfügung. Der Antragsteller erreicht durch sie die Sicherung der künftigen Durchführung seiner Rechte (§§ 916, 935, 940), und das Gesetz giebt die besonderen Bedingungen an, von denen die Gewährung dieser Rechtsschutzhandlung abhängt (§§ 917, 918, 921, 935, 940).

bb) die Sicherung des Beweises. Durch sie erreicht der Antragsteller Schutz vor dem drohenden Verlust von Beweismitteln oder der drohenden Erschwerung ihres Gebrauchs (Augenschein, Zeugen, Sachverständige), und das Gesetz (§§ 485, 487) stellt die besonderen Bedingungen für die Genehmigung dieses Rechtsschutzes auf.

b) prozessualische Erleichterungen. Hierher gehört

aa) das Armenrecht (§§ 114 ff. CPO) und

bb) die Zuordnung eines Rechtsanwalts auch im Parteiprozeß (§§ 33 ff. RAO).

In beiden Fällen erlangt die Partei, welche die besonderen, für diesen Rechtsschutz aufgestellten Bedingungen erfüllt, die Möglichkeit gerichtlichen Schutzes überhaupt oder doch die Möglichkeit zweckmäßiger Geltendmachung ihrer Rechte.

c) die Anwendung besonderer Prozeß- oder Verfahrensarten. Hierher gehört:

aa) der Urkunden- oder Wechselprozeß (§§ 592 ff),

Digitized by Google

bb) das Mahnverfahren (§§ 688 ff).

Durch Gewährung dieser Prozeßarten werden besondere Rechtsschutzbedürfnisse des Klägers befriedigt, er muß deshalb auch besondere Rechtsschutzbedingungen erfüllen.

Die Rechtsschutzbedingungen sind also nicht ausschließlich im objektiven Privatrecht, sondern auch im Prozeßrecht zu suchen. Sie dürfen nicht mit den Prozeßvoraussetzungen verwechselt werden, die ausschließlich dem Prozeßrecht angehören. Denn während die Rechtsschutzbedingungen Thatsachen sind, von deren Vorhandensein der Erfolg einer auf Rechtsschutz gerichteten Parteienthätigkeit abhängt, sind Prozeßvoraussetzungen diejenigen Erfordernisse, von deren Vorhandensein die Entstehung eines Prozeßrechtsverhältnisses abhängt. Das Prozeßverhältniß giebt aber nur überhaupt den Anspruch auf Urtheil. Es kann also derjenige, der durch gültige Klageerhebung ein Prozeßrechtsverhältniß begründet und damit den Anspruch erlangt, daß geurtheilt werde, thatsächlich Mißbrauch mit den prozessualischen Einrichtungen treiben, indem er die Bedingungen für den verlangten Rechtsschutz nicht erfüllt.

Da nur beim Vorhandensein aller Prozeßvoraussetzungen ein Anspruch darauf entsteht,

daß das angerufene Gericht unter diesen Personen über den vom Kläger gestellten Rechtsschutzantrag durch Urtheil entscheide,

müßte beim Fehlen einer Prozeßvoraussetzung ein Prozeßverhältniß überhaupt nicht zu Stande kommen und es müßten also die zur Erledigung eines solchen nur scheinbar vorhandenen Verhältnisses von Parteien und Gericht vorgenommenen Prozeßhandlungen ungültig sein. In Wahrheit aber unterscheidet das Gesetz, und jene Ungültigkeit ist keineswegs immer unheilbare Nichtigkeit. Vor Allem ist eine Reihe von Prozeßvoraussetzungen im Privatinteresse der Parteien aufgestellt und unterliegt daher dem Parteiverzichte, andere sind im öffentlichen Interesse aufgestellt und sind deshalb dem Parteiverzichte entzogen. Jene werden vom Gericht nur dann berücksichtigt, wenn sie vom Beklagten mittels einer dem Prozeßrecht angehörigen Einrede (sog. prozeßhindernder Einrede) geltend gemacht werden, diese müssen vom Gericht von Amtswegen berücksichtigt werden. Die von der CPO auch in diesem Falle als prozeßhindernde Einrede bezeichnete Erklärung (§ 274) enthält demnach nur einen, vielleicht überflüssigen, Hinweis (oder Rüge). Wird in jenem Falle die

Digitized by Google

Einrede nicht erhoben, so ist der Mangel geheilt; wird in diesem Falle der Mangel nicht erkannt, so ist das Verfahren von Anfang an mit einem *Mangel* behaftet; ein gleichwohl in der Sache selbst erlassenes Urtheil kann zwar auf Grund jenes Mangels angefochten werden, geschieht dies aber nicht, so wird das Urtheil rechtskräftig und ist nur noch aus den besonderen in § 579 CPO aufgeführten Nichtigkeitsgründen und nur im Wege der Nichtigkeitsklage anfechtbar. Da aber auch diese Klage nach Ablauf einer gewissen Zeit unstatthaft wird (§ 586), sind alle in §§ 551, 579 CPO aufgeführten Nichtigkeitsgründe heilbare Mängel: sie werden geheilt mit Eintritt endgültiger Unanfechtbarkeit des Urtheils[1]).

Etwas Anderes ist es, wenn das Prozeßverhältniß nicht an einem Mangel leidet, sondern *überhaupt nicht begründet* worden ist. Dies ist dann der Fall, wenn die angerufene Behörde oder Person überhaupt keine Gerichtsgewalt hat, sowie dann, wenn eine der Parteien nicht existirt. Fälle der ersteren Art sind so gut wie ausgeschlossen, solche der letzteren Art nicht selten. Es kommt z. B. vor, daß ein Verein verklagt wird, der in der That nicht besteht, daß aber eine bestimmte physische Person als Vertreter jenes nur irrig angenommenen Vereins auftritt. Ein Urtheil, das dem Vereine eine Leistung auferlegte, würde unausführbar sein und weder formelle noch materielle Rechtskraft erlangen.

Es folgt hieraus, daß die Prozeßvoraussetzungen unterschieden werden müssen in solche, welche das Prozeßrechtsverhältniß nur mit einem heilbaren Mangel behaften (*unwesentliche*), und solche, ohne welche das Prozeßrechtsverhältniß nicht entstehen kann (*wesentliche*).

§ 51. Die Begründung und Entwicklung des Prozeßrechtsverhältnisses[2]).

Das Prozeßrechtsverhältniß wird begründet durch eine *Parteihandlung* und *kann* auch durch eine solche (Klage-

---

[1]) Die Gefahr, daß z. B. ein einziges Mitglied eines Kollegialgerichtes statt des Kollegiums selbst das Urtheil fällen könnte, ist wohl ausgeschlossen.

[2]) Hierzu besonders: *Kohler*: Der Prozeß als Rechtsverhältniß, 1888. *Klein*: Die schuldhafte Parteihandlung. 1885; *Trutter*: Ueber prozessualische Rechtsgeschäfte. 1890; von welchen allen jedoch die Darstellung in einzelnen Punkten abweicht.

Digitized by Google

rücknahme, Vergleich) gelöst werden; es wird fortgesetzt und entwickelt durch Partei- und Richterhandlungen; es findet die seiner Rechtsnatur entsprechende, also natürliche, Lösung in einer Richterhandlung, im Urtheil.

Ueberträgt man mit der Annahme eines Prozeßrechtsverhältnisses einen ursprünglich nur im Gebiete des Privatrechts entwickelten Rechtsbegriff auf das Gebiet des Prozeßrechts, so muß man folgerecht auf diejenigen Parteihandlungen, welche eine prozeßrechtliche Wirkung beabsichtigen, auch den Begriff des Rechtsgeschäftes anwenden. Prozeßrechtsgeschäfte sind also diejenigen Parteihandlungen, welche auf eine rechtliche Wirkung gerichtet sind und deren Wirkung eintritt, weil sie gewollt ist. Es folgt hieraus gleichzeitig, daß die Richterhandlungen prozessualische Rechtsgeschäfte nicht sind, aber nur aus dem Grunde nicht, weil der Staat bei Vornahme seiner Rechtsschutzakte nie die Absicht hat, eine rechtliche Wirkung hervorzubringen, der Richter also auch bei Erlaß des Urtheils nicht mit der Absicht handelt, eine Rechtswirkung herbeizuführen, sondern nur in der Absicht, im Rechtsschutzinteresse das Gesetz anzuwenden. Daß damit der Prozeß seine Erledigung findet, folgt daraus, daß das Rechtsverhältniß des Prozesses nur diesem einen Zwecke dient.

Aber auch die Prozeßhandlungen der Parteien sind nicht durchweg Rechtsgeschäfte. Denn ein Theil dieser Handlungen hat nicht den Zweck und die Wirkung, prozessualische Ansprüche zu begründen, zu ändern oder aufzuheben, sondern nur in Ausübung prozessualischer Rechte dem Richter die erforderliche Urtheilsgrundlage zu geben. Die Prozeßhandlungen der letzteren Art hat man „Rechtsakte" genannt[1]), dieser Ausdruck ist aber nicht zu billigen, weil auch das Rechtsgeschäft ein Rechtsakt ist. Da sie in dem Vorbringen der Anträge, Thatsachenbehauptungen, Beweisantretungen bestehen, also alle der Stoffsammlung dienen, kann man sie im Gegensatze zu den Prozeßgeschäften Prozeßverhandlungsakte nennen.

Die Prozeßrechtsgeschäfte unseres Prozeßrechts sind durchweg einseitige Handlungen. Während das römische Recht zur Prozeßgründung eines zweiseitigen Aktes bedurfte, der sogen. Litiskontestation, entsteht nach gegenwärtigem Recht das Prozeßrechtsverhältniß durch den einseitigen Akt

[1]) Kohler und Trutter.

Digitized by Google

der Klageerhebung. Damit ist dem Kläger eine Macht eingeräumt, die ihm das klassische römische Recht nicht gab, aber er handelt damit auf eigene Gefahr. Denn die Klageerhebung erzeugt das Prozeßrechtsverhältniß nur, wenn die Prozeßvoraussetzungen vorhanden sind, und eine Prüfung der Frage, *ob* sie vorhanden, findet erst *nach* der Klageerhebung statt.

Die Prozeßrechtsgeschäfte sind regelmäßig an eine bestimmte *Form* geknüpft. Genügen sie dieser Form nicht, so gilt das, was oben § 48 von der Verletzung der Form gesagt worden ist, d. h. die Handlung ist entweder unheilbar nichtig oder sie wird durch Verzicht der Gegenpartei auf das Rügerecht nachträglich wirksam.

Die Prozeßrechtsgeschäfte sind ferner nur dann wirksam, wenn sie dem Willen des Erklärenden entsprechen. Wenn also der Kläger den August Schulze verklagen will, die Zustellung aber versehentlich an den Anton Schulze erfolgt, so ist weder gegenüber dem August noch gegenüber dem Anton ein Prozeßverhältniß entstanden. Erscheint Anton in der Verhandlung, so muß auf seinen Antrag die Klage abgewiesen werden, und zwar mit der Begründung, daß Anton in das Prozeßverhältniß nicht eingetreten ist; erklärt der Kläger aber, daß Anton der richtige Verklagte sei, so ist der Wille, mit ihm zu prozessiren, erklärt, die Klage kann dann also, wenn er thatsächlich nicht der richtige ist, nur mit der Begründung abgewiesen werden, daß der privatrechtliche Anspruch gegen ihn nicht begründet ist.

Dagegen kann ein Prozeßrechtsgeschäft nie wegen Simulation nichtig sein. Denn dazu würde gehören, daß auch der Richter von der Simulation Kenntniß hätte und an ihr Theil nähme, was ausgeschlossen ist. Erhebt also eine Person im Einverständniß mit dem Beklagten einen fingirten Anspruch im Wege der Klage, etwa um gerade diesen Richter zur Entscheidung einer Rechtsfrage zu nöthigen, so kommt ein Prozeßverhältniß zu Stande. Vor den Wirkungen des Urtheils kann sich der Beklagte nur durch eine negative Feststellungsklage schützen[1]).

---

[1]) Nicht im Wege der Vollstreckungsgegenklage, wie *Kohler* a. a. O S. 94 meint.

Digitized by Google

§ 52. Ueberblick des Folgenden.

Die §§ 49 — 51 hatten nur den Zweck, die grundlegenden Begriffe festzustellen. Die weitere Darstellung muß davon ausgehen,

1) daß nur beim Vorhandensein der Prozeßvoraussetzungen ein Prozeßverhältniß begründet werden kann. Zu diesen Voraussetzungen gehört, daß

a das angerufene Rechtspflegeorgan Gerichtsbarkeit überhaupt hat und im gegebenen Falle sachlich und örtlich zuständig ist;

b) Personen vorhanden sind, welche die Fähigkeit haben, prozessualische Ansprüche zu begründen und durchzuführen (Parteien).

Da von der Voraussetzung zu a in der Lehre von der Gerichtsverfassung §§ 3 — 21 gehandelt ist, erübrigt nur die Lehre von den Parteien.

2) Es muß ferner ausgegangen werden davon, daß die Erledigung des Prozeßverhältnisses nur durch Handlungen, und zwar

a) der Parteien,

b) des Richters

geschehen kann. Es wird deshalb in einem zweiten Theile von dem Inhalt der Prozeßhandlungen im Einzelnen gesprochen werden.

---

a) Die Parteien und ihre Gehülfen.

§ 53. Der Begriff Partei[1]).

Der Begriff Partei gehört nicht dem Privatrecht, sondern dem Prozeßrecht an. Denn da erst der Akt, welcher den Prozeß beendet, feststellt, ob dasjenige Rechtssubjekt, welches in das Prozeßrechtsverhältniß eingetreten ist, den geltendgemachten privatrechtlichen Anspruch oder die diesem entsprechende privatrechtliche Verpflichtung wirklich hat, kann

---

[1]) Hierüber außer den Lehr- und Handbüchern: Stegemann in Ztschft. f. CP. 17,326. Petersen das. 18,1. Bunsen das. 25,1.

Digitized by Google

nur dasjenige Rechtssubjekt Partei sein, welches in eigenem Namen das Prozeßrechtsverhältniß begründet. Parteien sind also diejenigen Rechtssubjekte, welche dem Gericht gegenüber Anspruch auf Rechtsschutz erheben auf Grund eigenen Rechtsschutzbedürfnisses.

Daraus folgt:

1) Kläger kann auch Derjenige sein, welcher einen ihm fremden Privatrechtsanspruch geltend macht, vorausgesetzt, daß er ein eigenes Rechtsschutzinteresse verfolgt. Daher ist Derjenige, welcher die ihm zur Einziehung überwiesene Forderung (§ 835) gegen den Drittschuldner geltend macht, Partei; denn obwohl er einen ihm fremden Privatrechtsanspruch verfolgt, macht er damit sein Interesse auf Befriedigung wegen einer ihm selbst zustehenden Forderung geltend. Es kann ferner der Ehemann ein zum eingebrachten Gut gehöriges Recht der Frau in eigenem Namen gerichtlich geltend machen (§ 1380); thut er das, so ist er selbst Partei, weil er wegen seiner Rechte am eingebrachten Gut ein eigenes Rechtsschutzinteresse hat.

2) Beklagter kann auch Derjenige sein, in dessen eigenem Interesse die Abwehr einer ihm an sich fremden Verpflichtung liegt.

Alle diejenigen Personen, welche vor Gericht ein ihnen fremdes Rechtsschutzinteresse verfolgen, sind nicht Partei; sie sind Vertreter fremder Interessen. Dies ist bei allen denjenigen Personen, die dabei auf Grund einer privaten oder gesetzlichen Vollmacht handeln, also namentlich beim Vormund, Pfleger, Inhaber der elterlichen Gewalt, unzweifelhaft. Streit dagegen ist betreffs derjenigen Personen, welche auf Grund eines ihnen von der Staatsgewalt, also auch vom Gericht, übertragenen Amtes handeln, wie der Staatsanwalt, der Testamentsvollstrecker, der Konkursverwalter, der Zwangsverwalter, der Nachlaßpfleger. Sie alle vertreten Interessen, die nicht einem oder mehreren bestimmten Rechtssubjekten eigen sind, aber gesetzliche Anerkennung und Schutz genießen, deren Wahrnehmung also einer bestimmten Person anvertraut werden muß. So vertritt der Staatsanwalt in gewissen Gattungen von Civilprozessen das allgemeine (oder öffentliche) Interesse, der Konkursverwalter nicht etwa blos das Interesse des Gemeinschuldners, noch ausschließlich das der Gläubiger. Diese bestimmte Person muß daher auch im Prozesse um derartige Interessen als Partei handeln.

Digitized by Google

Da sie aber in Wahrheit fremde Interessen vertritt und also in Wahrheit nicht Partei ist, so wird der Prozeß auch nicht auf ihre Gefahr geführt. Wenngleich daher der Konkursverwalter in einem von ihm geführten Prozesse nicht als Zeuge vernommen werden kann, dagegen Parteieneide zu leisten hat[1]), so kann doch davon keine Rede sein, daß er die Summe, zu deren Zahlung er verurtheilt wird, und die Prozeßkosten, welche er zu berichtigen hat, aus eigenen Mitteln bezahlen müßte.

Die im Prozesse einander gegenüberstehenden Parteien haben entgegengesetzte Rechtsschutzinteressen. Die Rolle des Klägers und des Beklagten können daher nie in einer Person zusammenfallen, und vereinigen sich durch privatrechtliche Vorgänge die widerstreitenden Interessen, so hört das Prozeßrechtsverhältniß auf.

Man unterscheidet Hauptparteien und Nebenparteien.

1. Hauptparteien sind der Kläger und der Beklagte. Sie stehen sich äußerlich als Angreifer und Vertheidiger gegenüber, aber dieses Bild ist weit davon entfernt, das Wesen der Parteistellung zu erklären. Schwierigkeiten macht in dieser Hinsicht der Umstand, daß das Rechtsschutzinteresse des Beklagten und Desjenigen, der eine negative Feststellungsklage erhebt, einander gleichen, und daß eine solche Klage auch vom Beklagten in dem gegen ihn anhängigen Prozesse erhoben werden kann. Daß diese Rechtsschutzinteressen doch wesentlich verschieden sind, wird an folgendem Beispiele klar. Wenn der Klage eines Hausbesitzers gegenüber, mit welcher der Anspruch auf Zahlung des am 1. April fälligen Miethszinses geltend gemacht wird, der Beklagte nur Klageabweisung beantragt, so ist seinem Interesse Genüge geschehen, wenn der Richter nicht zu der Feststellung gelangt, daß der Kläger jenen Anspruch habe; wenn aber der angeblich Verpflichtete, sei es in einem noch nicht anhängigen oder in dem schon gegen ihn anhängigen Prozesse, die Feststellung verlangt, daß Jener den Anspruch nicht habe, so ist dem damit geltend gemachten Interesse nur dann genügt, wenn das Urtheil positiv feststellt, daß der Antragsteller von der behaupteten Verpflichtung frei sei. Im ersten Falle ist und bleibt der angeblich Verpflichtete Beklagter, im zweiten Falle ist oder wird er durch jenen Antrag Kläger.

[1]) Wie das RG 29,30 richtig angenommen hat.

Digitized by Google

Der Beklagte will also nur eine ihm nachtheilige Feststellung verhindern, der Kläger eine ihm vortheilhafte Feststellung herbeiführen.

Kläger ist also diejenige Partei, welche eine privatrechtlich vortheilhafte Stellung gegenüber einer andern Person oder die Freiheit von einer privatrechtlichen Verpflichtung behauptet und vom Richter eine dieser Behauptung entsprechende positive Feststellung verlangt, Beklagter diejenige Partei, welche jene Behauptung bestreitet und vom Richter die Ablehnung einer dem anderen Theile vortheilhaften Feststellung verlangt.

Die CPO verwendet für das Mahnverfahren (§§ 688 ff., s. oben S. 104) die Ausdrücke Gläubiger und Schuldner, während sie als Kläger auch denjenigen bezeichnet, welcher durch eine Prozeßhandlung eine neue Instanz eröffnet. Sie nennt daher Berufungs- und Revisionskläger denjenigen, welcher gegen ein Urtheil Berufung oder Revision einlegt, gleichviel ob dies der Kläger oder der Beklagte ist. Sie geht dabei davon aus, daß der Berufungs- oder Revisionskläger einen ihm unvortheilhaften Zustand durch einen Angriff beseitigen will [1]).

2. Nebenparteien sind Personen, welche auf Grund eigenen rechtlichen Interesses an dem Obsiegen der einen Hauptpartei diese im Prozesse unterstützen.

Das Vorhandensein einer Nebenpartei gehört nicht zum Wesen des Prozesses, ohne die beiden einander gegenüberstehenden Hauptparteien kann es kein Prozeßverhältniß, folglich keinen eigentlichen Prozeß geben. Die CPO nennt Prozeduren, in denen nicht Parteien gegenüberstehen, Verfahren (s. oben S. 97). Hierhin gehört das Entmündigungs- und das Aufgebotsverfahren, zu denen das Konkursverfahren hinzutritt. Ist aber in einem solchen Verfahren eine für die privatrechtliche Stellung einer Person wichtige Entscheidung getroffen worden, so kann deren Aufhebung oder Fortbestehen den Gegenstand eines Prozesses bilden. Um dies zu ermöglichen, schafft die CPO die etwa fehlende

---

[1]) Häufig wird von einem Arrestkläger und Arrestbeklagten gesprochen. Dies widerspricht dem Sprachgebrauche der CPO; es kann hier nur der Ausdruck Gläubiger und Schuldner gebraucht werden, wie fraglich es auch sein mag, ob der Antragsteller wirklich Gläubiger ist.

Digitized by Google

Prozeßpartei, indem es im Entmündigungsverfahren wie bei dem Verfahren wegen Anfechtung oder Nichtigkeit einer Ehe das öffentliche Interesse verkörpert und den Staatsanwalt als Partei auftreten läßt.

§ 54. Die Parteifähigkeit.

In Privatrechtsverhältnissen kann nur stehen, wer rechtsfähig ist. Da den Gegenstand eines Civilprozesses stets ein privatrechtliches Verhältniß bildet, so können nur rechtsfähige Wesen als Parteien einander gegenüberstehen. Daher deckt sich die Rechtsfähigkeit mit der Parteifähigkeit (§ 50 CPO, RG 12, 399; 32, 174).

Die Parteifähigkeit ist daher ein Begriff des Privatrechts, denn nur dieses bestimmt, wer rechtsfähig ist. Nach gegenwärtig geltendem Privatrecht (§§ 1, 21, 22, 80 BGB) kommt diese Eigenschaft allen Personen zu, d. h. den Menschen nnd den juristischen Personen. Daher ist Rechts- und also Parteifähigkeit gleichbedeutend mit Rechtspersönlichkeit.

Hieraus folgt, daß bloßen Gesellschaften die Parteifähigkeit fehlt (§§ 21, 22, 705 BGB). Klagen und verklagt werden können daher nur die einzelnen Personen, welche die Gesellschaft bilden. Also bedarf es zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen eines gegen alle Gesellschafter erlassenen Urtheils (736 CPO), denn das Gesellschaftsvermögen ist das dem Gesellschaftszwecke gewidmete Vermögen der Gesellschafter[1]).

Die offene Handelsgesellschaft nnd die Kommanditgesellschaft sind durch das Gesetz für parteifähig erklärt, obwohl auch sie nicht selbständige Rechtssubjekte sind. Denn sie können (nach §§ 124, 161 HGB) unter ihrer Firma klagen und verklagt werden, und zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ist ein gegen die Gesellschaft, zur Zwangsvollstreckung gegen die Gesellschafter ein gegen diese gerichteter vollstreckbarer Schuldtitel erforderlich (§ 129, Abs. 4 HGB).

---

[1]) Unrichtig die Begründung der Novelle z. CPO S. 150, daß nach § 714 BGB regelmäßig die Klage gegen den geschäftsführenden Gesellschafter genüge. Dieser hat nur die Stellung eines Beauftragten, nicht die eines Vertreters der Gesellschafter.

Digitized by Google

Eine eigenthümliche Stellung ist den nicht rechtsfähigen Vereinen gegeben worden (§ 54 BGB, § 50 Abs. 2 CPO). Wie ihr Name deutlich besagt, fehlt ihnen die Parteifähigkeit, sie steht ihnen nach dem Gesetz aber zu, wenn sie verklagt werden. Klagen kann ein solcher Verein also nur in der Weise, daß die sämmtlichen Mitglieder klagen, verklagt und verurtheilt aber wird der Verein als solcher. Zur Zwangsvollstreckung in das Vereinsvermögen genügt ein gegen den Verein erlassenes Urtheil (§ 735 CPO).

Daß (nach § 17, Abs. 2 HGB) der Kaufmann unter seiner Firma klagen und verklagt werden kann, ändert natürlich daran nichts, daß der Kaufmann Partei ist.

§ 55. Die Prozeßfähigkeit.

Aus der rechtsgeschäftlichen Natur der Prozeßhandlungen folgt, daß sie nur dann gültig sind, wenn sie von einer Person vorgenommen werden, die solche Handlungen mit Rechtswirksamkeit vorzunehmen befugt ist. Diese Befugniß hat nur die prozeßfähige Partei und der gesetzliche Vertreter der prozeßunfähigen Partei. Danach sind Handlungen der prozeßunfähigen Partei, sowie desjenigen gesetzlichen Vertreters, der seine Legitimation nicht beibringen kann oder der nach bürgerlichem Rechte etwa besonders vorgeschriebenen Ermächtigung ermangelt, nichtig. Die von einer solchen Partei erhobene Klage begründet demnach ebensowenig den Anspruch auf Urtheil überhaupt, wie das von ihr eingelegte Rechtsmittel den Anspruch auf ein über dieses Rechtsmittel begehrte Urtheil; die von ihr der Klage entgegengesetzte Vertheidigung ist keine Vertheidigung: es folgt hieraus, daß wenn von einer solchen Person Klage erhoben oder ein Rechtsmittel eingelegt wird, eine Zurückweisung der Klage (ab instantia) oder die Verwerfung des Rechtsmittels erfolgen muß, aber nicht durch Versäumnißurtheil, denn die Partei ist nicht säumig, sondern nicht im Stande, wirksam prozessualisch zu handeln, das Versäumnißurtheil aber setzt die Versäumung einer an sich gültigen Prozeßhandlung voraus; ist eine solche Person verklagt, so ist die an sie bewirkte Zustellung der Klage ungültig und giebt also nicht den Anspruch auf Erlaß des Versäumnißurtheils (§ 335[1] CPO); war aber die Klage rechtsgültig erhoben, das Rechtsmittel gültig eingelegt, so ist gegen die unfähige Partei Ver-

Digitized by Google

Prozeßpartei, indem es im Entmündigungsverfahren wie bei dem Verfahren wegen Anfechtung oder Nichtigkeit einer Ehe das öffentliche Interesse verkörpert und den Staatsanwalt als Partei auftreten läßt.

§ 54. Die Parteifähigkeit.

In Privatrechtsverhältnissen kann nur stehen, wer rechtsfähig ist. Da den Gegenstand eines Civilprozesses stets ein privatrechtliches Verhältniß bildet, so können nur rechtsfähige Wesen als Parteien einander gegenüberstehen. Daher deckt sich die Rechtsfähigkeit mit der Parteifähigkeit (§ 50 CPO, RG 12, 399; 32, 174).

Die Parteifähigkeit ist daher ein Begriff des Privatrechts, denn nur dieses bestimmt, wer rechtsfähig ist. Nach gegenwärtig geltendem Privatrecht (§§ 1, 21, 22, 80 BGB) kommt diese Eigenschaft allen Personen zu, d. h. den Menschen nnd den juristischen Personen. Daher ist Rechts- und also Parteifähigkeit gleichbedeutend mit Rechtspersönlichkeit.

Hieraus folgt, daß bloßen Gesellschaften die Parteifähigkeit fehlt (§§ 21, 22, 705 BGB). Klagen und verklagt werden können daher nur die einzelnen Personen, welche die Gesellschaft bilden. Also bedarf es zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen eines gegen alle Gesellschafter erlassenen Urtheils (736 CPO), denn das Gesellschaftsvermögen ist das dem Gesellschaftszwecke gewidmete Vermögen der Gesellschafter[1]).

Die offene Handelsgesellschaft nnd die Kommanditgesellschaft sind durch das Gesetz für parteifähig erklärt, obwohl auch sie nicht selbständige Rechtssubjekte sind. Denn sie können (nach §§ 124, 161 HGB) unter ihrer Firma klagen und verklagt werden, und zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ist ein gegen die Gesellschaft, zur Zwangsvollstreckung gegen die Gesellschafter ein gegen diese gerichteter vollstreckbarer Schuldtitel erforderlich (§ 129, Abs. 4 HGB).

---

[1]) Unrichtig die Begründung der Novelle z. CPO S. 150, daß nach § 714 BGB regelmäßig die Klage gegen den geschäftsführenden Gesellschafter genüge. Dieser hat nur die Stellung eines Beauftragten, nicht die eines Vertreters der Gesellschafter.

Digitized by Google

Eine eigenthümliche Stellung ist den nicht rechtsfähigen Vereinen gegeben worden (§ 54 BGB, § 50 Abs. 2 CPO). Wie ihr Name deutlich besagt, fehlt ihnen die Parteifähigkeit, sie steht ihnen nach dem Gesetz aber zu, wenn sie verklagt werden. Klagen kann ein solcher Verein also nur in der Weise, daß die sämmtlichen Mitglieder klagen, verklagt und verurtheilt aber wird der Verein als solcher. Zur Zwangsvollstreckung in das Vereinsvermögen genügt ein gegen den Verein erlassenes Urtheil (§ 735 CPO).

Daß (nach § 17, Abs. 2 HGB) der Kaufmann unter seiner Firma klagen und verklagt werden kann, ändert natürlich daran nichts, daß der Kaufmann Partei ist.

§ 55. Die Prozeßfähigkeit.

Aus der rechtsgeschäftlichen Natur der Prozeßhandlungen folgt, daß sie nur dann gültig sind, wenn sie von einer Person vorgenommen werden, die solche Handlungen mit Rechtswirksamkeit vorzunehmen befugt ist. Diese Befugniß hat nur die prozeßfähige Partei und der gesetzliche Vertreter der prozeßunfähigen Partei. Danach sind Handlungen der prozeßunfähigen Partei, sowie desjenigen gesetzlichen Vertreters, der seine Legitimation nicht beibringen kann oder der nach bürgerlichem Rechte etwa besonders vorgeschriebenen Ermächtigung ermangelt, nichtig. Die von einer solchen Partei erhobene Klage begründet demnach ebensowenig den Anspruch auf Urtheil überhaupt, wie das von ihr eingelegte Rechtsmittel den Anspruch auf ein über dieses Rechtsmittel begehrte Urtheil; die von ihr der Klage entgegengesetzte Vertheidigung ist keine Vertheidigung: es folgt hieraus, daß wenn von einer solchen Person Klage erhoben oder ein Rechtsmittel eingelegt wird, eine Zurückweisung der Klage (ab instantia) oder die Verwerfung des Rechtsmittels erfolgen muß, aber nicht durch Versäumnißurtheil, denn die Partei ist nicht säumig, sondern nicht im Stande, wirksam prozessualisch zu handeln, das Versäumnißurtheil aber setzt die Versäumung einer an sich gültigen Prozeßhandlung voraus; ist eine solche Person verklagt, so ist die an sie bewirkte Zustellung der Klage ungültig und giebt also nicht den Anspruch auf Erlaß des Versäumnißurtheils (§ 335[1] CPO); war aber die Klage rechtsgültig erhoben, das Rechtsmittel gültig eingelegt, so ist gegen die unfähige Partei Ver-

Digitized by Google

säumnißurtheil zu erlassen, denn ihre Erklärungen sind unwirksam.

Die Prozeßfähigkeit bildet demnach eine Prozeßvoraussetzung und begründet daher eine prozeßhindernde Einrede (§ 274[7] CPO), das gegen eine prozeßunfähige Person erlassene Urtheil unterliegt den Rechtsmitteln, begründet stets die Revision (§ 551[5]) und gegenüber dem rechtskräftigen Urtheil die Nichtigkeitsklage (§ 579[4]).

Da es indessen zugleich im öffentlichen Interesse liegt, die Vornahme nichtiger Prozeßakte zu vermeiden, so hat das Gericht den Mangel der Prozeßfähigkeit, der Legitimation des gesetzlichen Vertreters oder der erforderlichen Ermächtigung von Amtswegen zu berücksichtigen (§ 56), der Vorsitzende hat auf etwaige in dieser Hinsicht obwaltende Bedenken aufmerksam zu machen (§ 139 Abs. 2), und ein Verzicht auf die genannte prozeßhindernde Einrede ist ausgeschlossen (274 Abs. 3), so daß sie, die in Wahrheit eine Rüge ist, in jeder Lage des Prozesses geltend gemacht werden kann. Wenn aber mit dem Verzuge Gefahr für die Partei verbunden ist, so kann sie oder ihr gesetzlicher Vertreter zur Prozeßführung einstweilen zugelassen werden, es ist ihr alsdann für die Beseitigung des Mangels eine Frist zu bestimmen, innerhalb deren alle möglichen prozessualischen Handlungen vorgenommen werden können, während ein Endurtheil erst nach ihrem Ablauf erlassen werden darf. Ein weiteres kann zu Gunsten der Partei, bei welcher der Mangel vorwaltet, nicht geschehen, insbesondere kann nicht die Aussetzung des Verfahrens angeordnet werden, da der Gegner ein Recht hat, aus dem unnützen Prozesse durch ein ihn beendigendes Urtheil befreit zu werden (RG 18, 385; 29, 410). Wird der Mangel in der gestellten Frist nicht beseitigt, so ist in dem oben (S. 191) angegebenen Sinne zu entscheiden; wird der Mangel beseitigt, so haben alle bisher vorgenommenen Prozeßhandlungen Rechtsbeständigkeit erlangt, als ob sie diese Eigenschaft von vornherein gehabt hätten.

Um die Möglichkeit einer Prozeßführung gegen eine mit einem gesetzlichen Vertreter nicht versehene prozeßunfähige Person zu gewähren, hat das Gesetz dem Vorsitzenden des Prozeßgerichts die Befugniß eingeräumt, für den Fall, daß mit dem Verzuge Gefahr verbunden ist, auf Antrag des Klägers bis zum Eintritte des gesetzlichen Vertreters einen besonderen Vertreter zu bestellen (§ 57).

Digitized by Google

§ 56. Die Streitgenossenschaft.

In keinem Prozesse kann es mehr als zwei Parteirollen geben, aber es können sowohl auf der Kläger-, als auch auf der Beklagten-Seite mehrere Personen stehen. Stehen in demselben Prozesse mehrere Kläger demselben Beklagten, ein Kläger mehreren Beklagten oder mehrere Kläger mehreren Beklagten gegenüber, so ist unter den mehreren zu einer Parteirolle verbundenen Personen eine sogen. Streitgenossenschaft vorhanden.

Die Streitgenossenschaft ist von Anfang an gegeben, wenn mehrere Personen gemeinschaftlich klagen oder mehrere Personen gemeinschaftlich verklagt werden. Sie tritt erst im Laufe des Prozesses ein, wenn an Stelle einer im Prozesse stehenden Person, z. B. durch Erbgang, mehrere Personen treten, wenn sich ihr eine oder mehrere andere Personen anschließen, oder wenn das Gericht die Verbindung mehrerer bei demselben Gericht anhängigen Prozesse zu einem einzigen anordnet.

Die CPO unterscheidet zwei Arten der Streitgenossenschaft.

a) Die eine, die sogen. einfache Streitgenossenschaft, ist ein rein thatsächliches, nämlich nur durch die Thatsache, daß mehrere Personen klagen oder verklagt werden, begründetes Verhältniß. In diesem Falle entstehen so viele Prozeßrechtsverhältnisse, als Streitgenossen vorhanden sind. Es müssen also für jedes dieser Verhältnisse die Prozeßvoraussetzungen gegeben sein, es kann daher der Fall eintreten, daß das eine Prozeßverhältniß zu Stande kommt, das andere nicht, daß daher in dem einen ein Sachurtheil erlassen, in dem andern eine bloße Prozeßabweisung erfolgt, und daß Sachurtheile verschiedenen Inhalts erlassen werden. Wenn z. B. der Wechselinhaber im Regreßwege mehrere Vormänner gleichzeitig verklagt, so kann er gegen den A die Klage zurücknehmen, mit B einen Vergleich schließen, gegenüber C abgewiesen werden und gegen D mit seiner Klage durchdringen. Man sprach daher früher und spricht auch jetzt in diesem Falle von subjektiver Klagenhäufung, d. h. es werden nach dem Willen des oder der Kläger mehrere selbständige Klagen zu einem Prozesse verbunden. Die CPO bringt (§ 61) diesen Gedanken in der Weise zum Ausdruck, daß sie erklärt, die

Digitized by Google

einzelnen Streitgenossen ständen dem Gegner dergestalt als Einzelne gegenüber, daß die Handlungen des Einen dem Andern weder zum Vortheile noch zum Nachtheile gereichten.

Das Gesetz kann keinen Zwang zu einer solchen Verbindung aussprechen, aber es begünstigt sie. Es kann nämlich eine Streitgenossenschaft entstehen (§ 59, 60),

aa) wenn mehrere Personen in Ansehung des Streitgegenstandes in Rechtsgemeinschaft stehen, d. h. wenn mehreren Personen dasselbe Recht zusteht oder dieselbe Pflicht obliegt;

bb) wenn mehrere Personen aus demselben thatsächlichen und rechtlichen Grunde berechtigt oder verpflichtet sind (z. B. Hauptschuldner und Bürge RG 8, 367);

cc) wenn mehrere gleichartige und auf einem im Wesentlichen gleichartigen thatsächlichen und rechtlichen Grunde beruhende Ansprüche oder Verpflichtungen den Gegenstand eines Rechtsstreits bilden (z. B. mehrere Einwohner derselben Gemeinde verlangen Anerkennung der Freiheit von einer Brückenzollverpflichtung, einige auf Grund Vertrages, andere auf Grund Verjährung).

b) Die andere Art der Streitgenossenschaft, welche das Gesetz als nothwendige bezeichnet, hängt zwar gleichfalls vom Willen des oder der Kläger ab, ohne daß dem Beklagten das Recht gegeben wäre (durch eine sogen. exceptio plurium litisconsortium), den Beitritt sämmtlicher Rechtsgenossen zu erzwingen, aber sie kann nur da bestehen, wo das den Gegenstand des Prozesses bildende Rechtsverhältniß nur einheitlich festgestellt werden kann. Das Gesetz hebt (in § 62) in Gestalt einer Fiktion nur eine Folge dieser rechtlichen Verbindung hervor, indem es erklärt, daß „die säumigen Streitgenossen als durch die nichtsäumigen vertreten angesehen würden." Man hat verschiedene Versuche gemacht, diese Art der Verbindung juristisch zu erklären. Und wenn dabei auch soviel unzweifelhaft ist, daß von einer Stellvertretung der Streitgenossen untereinander nicht die Rede sein kann, so dürfte doch auch die Annahme sogen. „Reflexwirkungen" der von einem Streitgenossen vorgenommenen Prozeßhandlungen zu Gunsten der anderen[1]) nicht vollkommen befriedigen. Die einfachste Lösung der

[1]) So Hachenburg: Die besondere Streitgenossenschaft. 1889.

Digitized by Google

Schwierigkeiten bietet die Annahme nicht bloß eines einheitlichen Civilrechtsverhältnisses, sondern die auch eines einheitlichen Prozeßrechtsverhältnisses. Denn da das Civilrechtsverhältniß den Erlaß mehrerer Urtheile verschiedenen Inhalts nicht verträgt, wird durch die Prozeßbegründung nicht eine Mehrheit von Ansprüchen auf eine Mehrheit von — vielleicht thatsächlich verbundenen — Urtheilen, sondern ein Anspruch auf das Urtheil geschaffen. Damit das Prozeßverhältniß entstehe, müssen daher bei allen Streitgenossen die Prozeßvoraussetzungen gegeben sein. Wenn also z. B. gegen zwei Personen und die Gesellschaft X. geklagt wird, so ist in Folge des Mangels der Parteifähigkeit eines Streitgenossen ein Prozeßverhältniß auch gegenüber den andern beiden Beklagten nicht entstanden, und es kann nicht ein Sach-, sondern nur ein Prozeßabweisungsurtheil gefällt werden. Fehlt einem Streitgenossen die Prozeßfähigkeit oder ist er nicht nach Vorschrift des Gesetzes geladen, so ist er nicht säumig, sondern das Prozeßverhältniß ist gegenüber diesem Genossen und damit überhaupt nicht entstanden. Die von den Genossen oder auch nur von einem von ihnen vorgenommenen Prozeßhandlungen wirken auf Erledigung des Prozeßverhältnisses. Die Folge ist, daß das Nichthandeln eines Genossen ihm nicht zum Nachtheil gereichen kann, daß es aber auch den Prozeß nicht fördert. Da jeder Streitgenosse jeden Augenblick seine Thätigkeit aufgeben, aber auch von reiner Passivität zu aktivem Eingreifen übergehen kann, so sind die säumigen Streitgenossen im späteren Verfahren zuzuziehen und zu jeder Verhandlung zu laden (§§ 62, Abs. 2, 63).

Das am häufigsten verwerthete Beispiel einer nothwendigen Streitgenossenschaft ist die Klage gegen die mehreren Eigenthümer eines Grundstücks auf Anerkennung einer Grunddienstbarkeit. Es ist klar, daß hier das Recht nur entweder festgestellt oder nicht festgestellt werden kann. Ein Versäumnißurtheil kann hier nur erlassen werden, wenn alle Beklagten das Verhandeln unterlassen, ein Geständniß oder Anerkenntniß ist nur abgegeben, wenn es von allen Streitgenossen abgegeben wird. Da die Belastung nur der gemeinsamen Verfügung aller Eigenthümer unterliegt, kann ein Vergleich nur von allen Streitgenossen wirksam geschlossen werden.

Digitized by Google

§ 57. Die Hauptintervention.

Hauptpartei ist auch der Hauptintervenient, denn er tritt in einem neuen, zweiten Prozesse gegenüber den Parteien eines früheren, ersten Prozesses als Kläger auf. Berechtigt zu diesem Auftreten ist (nach § 64) derjenige, der die Sache oder das Recht, worüber zwischen anderen Personen ein Rechtsstreit anhängig geworden ist, ganz oder theilweise für sich in Anspruch nimmt. Es wird z. B. zwischen A und B, den Parteien des Erstprozesses, über das Eigenthum an einer im Besitze des B befindlichen Sache gestritten. C tritt als Hauptintervenient mit der Behauptung auf, daß weder dem A noch dem B, sondern ihm das Eigenthum zustehe. A erhebt gegen B einen Anspruch auf Rückgabe der Pfandsache (a. pigneraticia directa § 1223 BGB), C aber tritt mit der Behauptung auf, daß A die Sache an ihn verkauft und den Herausgabeanspruch an ihn abgetreten habe.

Die Eigenthümlichkeit der Hauptintervention gegenüber einer Klage des Dritten gegen eine Person, die zufällig im Prozesse mit einer anderen Person steht, liegt also darin, daß sie durch den Erstprozeß veranlaßt ist und sich gegen beide Parteien des Erstprozesses richtet. Das Rechtsschutzinteresse des Intervenienten erschöpft sich also nicht in der Durchführung seines privaten Rechtes — denn das hat er mit jedem Kläger gemein —, sondern erstreckt sich auf die Vermeidung verschiedener Urtheile und daher auf Beseitigung des Hauptprozesses. Voraussetzung der Intervention ist daher die Anhängigkeit des Erstprozesses: mit dessen rechtskräftiger Entscheidung erlischt das besondere Rechtsschutzinteresse des Dritten an der Vermeidung eines im Erstprozesse zu erlassenden Urtheils.

Folge dieses besonderen Interesses ist die Herstellung eines Gerichtsstandes für die Interventionsklage bei demjenigen Gerichte, bei welchem der Erstprozeß in erster Instanz anhängig wurde, und ferner die Möglichkeit einer Aussetzung des Erstprozesses bis zur rechtskräftigen Entscheidung des zweiten Prozesses, (§ 65), sei es auf Antrag einer Partei des ersten Prozesses oder des Intervenienten (§ 65) oder von Amtswegen (§ 148).

Die Klage, welche die Hauptintervention enthält, ist den Prozeßbevollmächtigten der Parteien des ersten Prozesses zu-

Digitized by Google

zustellen (§ 176, 82), denn als Hauptintervention erfolgt die Klageerhebung in einem anhängigen Rechtsstreite (RG 15, 428).

Die Hauptintervention macht die Parteien des ersten Prozesses zu Streitgenossen gegenüber dem Intervenienten. Diese Streitgenossenschaft ist eine *nothwendige*, denn abgesehen davon, daß der Streitgegenstand des zweiten Prozesses identisch ist mit dem ersten, kann in dem zweiten Prozesse, dem Zwecke und Wesen der Hauptintervention entsprechend, nur *ein* Urtheil ergehen und das Recht des Dritten nur einheitlich festgestellt werden[1]). Die Folge ist, daß das im zweiten Prozesse erlassene Urtheil auch Rechtskraft unter den Parteien des ersten Prozesses schafft. Ist also im ersten der obigen Beispiele C abgewiesen, so kann B keinen Einwand mehr dahin machen, daß C der wahre Eigenthümer sei; ist aber A zur Anerkennung des Eigenthums des C und B außerdem zur Herausgabe an C verurtheilt, so ist auch für sie der Streit um das Eigenthum erledigt.

§ 58. Der Nebenintervenient.

Nebenpartei ist der Nebenintervenient. Denn die Nebenintervention läßt den zwischen zwei Parteien anhängigen Rechtsstreit unberührt, sie besteht nur darin, daß ein Dritter auf Grund eines eigenen Rechtsschutzinteresse zur Unterstützung einer der beiden Prozeßparteien auftritt, um ihr zum Siege zu verhelfen (§ 66).

1. Das *eigene „rechtliche Interesse"* des Dritten unterscheidet ihn von einem bloßen Beistande oder Stellvertreter. Das eigene Interesse aber kann in einem Rechtsverhältnisse des Nebenintervenienten zu den Parteien oder zu dem Gegenstande des Rechtsstreits beruhen, das durch die in jenem Prozesse getroffene Entscheidung an sich oder durch ihren Inhalt oder durch ihre Vollstreckung mitbetroffen wird (RG 23, 341). Wenn diese Voraussetzungen vorliegen, bestimmt sich nach dem bürgerlichen Recht. Daher hat z. B. der Cessionar ein Interesse daran, daß der Cedent in dem

[1]) Gegen die herrschende Meinung, welche jedoch Konzessionen machen muß, und auch RG 17, 340. Verfehlt *Kohler* (Rassow-Küntzel Beitr. 30, 487), der den Kläger des ersten Prozesses überhaupt nicht als Partei ansieht, obwohl das Gesetz ausdrücklich sagt, daß die Klage gegen Beide gerichtet wird.

Digitized by Google

§ 57. Die Hauptintervention.

Hauptpartei ist auch der Hauptintervenient, denn er tritt in einem neuen, zweiten Prozesse gegenüber den Parteien eines früheren, ersten Prozesses als Kläger auf. Berechtigt zu diesem Auftreten ist (nach § 64) derjenige, der die Sache oder das Recht, worüber zwischen anderen Personen ein Rechtsstreit anhängig geworden ist, ganz oder theilweise für sich in Anspruch nimmt. Es wird z. B. zwischen A und B, den Parteien des Erstprozesses, über das Eigenthum an einer im Besitze des B befindlichen Sache gestritten. C tritt als Hauptintervenient mit der Behauptung auf, daß weder dem A noch dem B, sondern ihm das Eigenthum zustehe. A erhebt gegen B einen Anspruch auf Rückgabe der Pfandsache (a. pigneraticia directa § 1223 BGB), C aber tritt mit der Behauptung auf, daß A die Sache an ihn verkauft und den Herausgabeanspruch an ihn abgetreten habe.

Die Eigenthümlichkeit der Hauptintervention gegenüber einer Klage des Dritten gegen eine Person, die zufällig im Prozesse mit einer anderen Person steht, liegt also darin, daß sie durch den Erstprozeß veranlaßt ist und sich gegen beide Parteien des Erstprozesses richtet. Das Rechtsschutzinteresse des Intervenienten erschöpft sich also nicht in der Durchführung seines privaten Rechtes — denn das hat er mit jedem Kläger gemein —, sondern erstreckt sich auf die Vermeidung verschiedener Urtheile und daher auf Beseitigung des Hauptprozesses. Voraussetzung der Intervention ist daher die Anhängigkeit des Erstprozesses: mit dessen rechtskräftiger Entscheidung erlischt das besondere Rechtsschutzinteresse des Dritten an der Vermeidung eines im Erstprozesse zu erlassenden Urtheils.

Folge dieses besonderen Interesses ist die Herstellung eines Gerichtsstandes für die Interventionsklage bei demjenigen Gerichte, bei welchem der Erstprozeß in erster Instanz anhängig wurde, und ferner die Möglichkeit einer Aussetzung des Erstprozesses bis zur rechtskräftigen Entscheidung des zweiten Prozesses, (§ 65), sei es auf Antrag einer Partei des ersten Prozesses oder des Intervenienten (§ 65) oder von Amtswegen (§ 148).

Die Klage, welche die Hauptintervention enthält, ist den Prozeßbevollmächtigten der Parteien des ersten Prozesses zu-

Digitized by Google

zustellen (§ 176, 82), denn als Hauptintervention erfolgt die Klageerhebung in einem anhängigen Rechtsstreite (RG 15, 428).

Die Hauptintervention macht die Parteien des ersten Prozesses zu Streitgenossen gegenüber dem Intervenienten. Diese Streitgenossenschaft ist eine *nothwendige*, denn abgesehen davon, daß der Streitgegenstand des zweiten Prozesses identisch ist mit dem ersten, kann in dem zweiten Prozesse, dem Zwecke und Wesen der Hauptintervention entsprechend, nur *ein* Urtheil ergehen und das Recht des Dritten nur einheitlich festgestellt werden[1]). Die Folge ist, daß das im zweiten Prozesse erlassene Urtheil auch Rechtskraft unter den Parteien des ersten Prozesses schafft. Ist also im ersten der obigen Beispiele C abgewiesen, so kann B keinen Einwand mehr dahin machen, daß C der wahre Eigenthümer sei; ist aber A zur Anerkennung des Eigenthums des C und B außerdem zur Herausgabe an C verurtheilt, so ist auch für sie der Streit um das Eigenthum erledigt.

§ 58. Der Nebenintervenient.

Nebenpartei ist der Nebenintervenient. Denn die Nebenintervention läßt den zwischen zwei Parteien anhängigen Rechtsstreit unberührt, sie besteht nur darin, daß ein Dritter auf Grund eines eigenen Rechtsschutzinteresse zur Unterstützung einer der beiden Prozeßparteien auftritt, um ihr zum Siege zu verhelfen (§ 66).

1. Das *eigene „rechtliche Interesse"* des Dritten unterscheidet ihn von einem bloßen Beistande oder Stellvertreter. Das eigene Interesse aber kann in einem Rechtsverhältnisse des Nebenintervenienten zu den Parteien oder zu dem Gegenstande des Rechtsstreits beruhen, das durch die in jenem Prozesse getroffene Entscheidung an sich oder durch ihren Inhalt oder durch ihre Vollstreckung mitbetroffen wird (RG 23, 341). Wenn diese Voraussetzungen vorliegen, bestimmt sich nach dem bürgerlichen Recht. Daher hat z. B. der Cessionar ein Interesse daran, daß der Cedent in dem

[1]) Gegen die herrschende Meinung, welche jedoch Konzessionen machen muß, und auch RG 17, 340. Verfehlt *Kohler* (Rassow-Küntzel Beitr. 30, 487), der den Kläger des ersten Prozesses überhaupt nicht als Partei ansieht, obwohl das Gesetz ausdrücklich sagt, daß die Klage gegen Beide gerichtet wird.

Digitized by Google

Rechtsstreite mit dem Schuldner, der Verkäufer eines Grundstücks ein eigenes Interesse daran, daß der Käufer in dem Prozesse mit einem Dritten, welcher ein Recht an dem Grundstücke geltend macht (§ 434 BGB), obsiege.

Dieses eigene Interesse bewirkt, daß der Nebenintervenient alle Prozeßhandlungen vornehmen darf, welche der von ihm unterstützten Partei prozessualisch förderlich sein können und daher auch von dieser vorgebracht werden könnten; er kann daher sogar Rechtsmittel einlegen innerhalb der Frist, in welcher die Hauptpartei sie einlegen kann.

2. Der Nebenintervenient bringt sein eigenes Interesse nur mittelbar zur Geltung, nämlich durch Unterstützung eines fremden Interesse. Die Folge ist, daß er nicht in das Prozeßrechtsverhältniß eintritt. Selbst wenn er ein Rechtsmittel einlegt und damit den prozessualischen Anspruch auf Aenderung einer gerichtlichen Entscheidung erhebt, handelt er nur für die von ihm unterstützte Hauptpartei, welcher der günstige Erfolg einer vom Nebenintervenienten vorgenommenen Handlung unmittelbar zu Statten kommt. Der Nebenintervenient handelt bei eigenmächtigem Vorgehen aber auf seine Gefahr[1]).

Die Folge ist:

a) daß der Nebenintervenient zwar in jeder Lage des Rechtsstreits eintreten kann, den Rechtsstreit aber auch in der Lage annehmen muß, in welcher er sich zur Zeit seines Eintritts befindet. Er kann also, wenn der Prozeß in zweiter Instanz schwebt, nicht verlangen, daß der Prozeß in die erste Instanz zurückversetzt werde; er kann namentlich, wenn der Prozeß sich in der Revisionsinstanz befindet, nicht neue Thatsachenbehauptungen und Beweismittel vorbringen;

b) daß der Nebenintervenient nicht Handlungen vornehmen darf, welche mit Handlungen und Erklärungen der Hauptpartei im Widerspruch stehen. Geschieht dies gleichwohl, hat z. B. die Hauptpartei auf ein Rechtsmittel oder ein Beweismittel verzichtet, so ist die Einlegung desselben Rechtsmiitels durch den N. unzulässig und die Bezeichnung desselben Beweismittels unwirksam.

c) Der Nebenintervenient kann nur Namens der Hauptpartei handeln, daher „nur die der Partei selbst zustehenden

---

[1]) Wach I 617 ff. (Rechtskraftwirkung — Thatbestandswirkung — Vollstreckungswirkung).

Digitized by Google

Rechte geltend machen" und daher Einwendungen nicht aus seinem, sondern nur aus dem Rechte der unterstützten Partei hernehmen, also z. B. nicht sein eigenes Zurückbehaltungsrecht geltend machen (RG 42, 389; 17, 34).

Diese bloße Gehülfenstellung schädigt möglicherweise das eigene Interesse des Nebenintervenienten. Er kann deshalb, wenn der Prozeß einen für die Hauptpartei und damit auch für ihn ungünstigen Ausgang gehabt hat, in einem nunmehr unter ihnen selbst ausbrechenden Prozesse[1]) der Hauptpartei den Vorwurf schlechter Prozeßführung machen, und diesen Vorwurf insbesondere damit begründen, daß er selbst durch die Lage des Prozesses zur Zeit seines Beitrittes oder durch die Prozeßhandlungen der Hauptpartei gehindert gewesen sei, wirksame Angriffs- oder Vertheidigungsmittel geltend zu machen (§ 68), aber er kann sich niemals mit der Behauptung decken, daß der Richter den Prozeß, so wie er ihm vorlag, unrichtig entschieden habe, denn hier fehlt es an einem Verschulden der Hauptpartei. Um nun eine Person, die ein rechtliches Interesse an dem Obsiege einer Prozeßpartei hat, zur Hülfe heranzuziehen und der Gefahr jenes Vorwurfes mangelhafter Prozeßführung so weit als möglich vorzubeugen, steht der Hauptpartei in der Streitverkündung ein Mittel zu, jene Person zur Hülfeleistung heranzuziehen (darüber s. unten).

Der Nebenintervenient tritt aus seiner bloßen Gehülfenstellung in die eines Streitgenossen, wenn nach den Grundsätzen des Privatrechts die Rechtskraft des im „Hauptprozesse" erlassenen Urtheils das zwischen ihm und der Hauptpartei bestehende Rechtsverhältniß unmittelbar mitbestimmt (§ 69)[2]). Denn in diesem Falle ist er mit seinem eigenen Interesse am Prozesse nicht mittelbar, sondern unmittelbar betheiligt. Die Folge ist, daß er in seinen Prozeßhandlungen nicht von der Hauptpartei abhängt, sondern selbständig handeln kann, auch wenn er sich dadurch zu Handlungen der Hauptpartei in Widerspruch setzt (sog. streit-

[1]) Der Cedent ist mit der Klage gegen den Schuldner abgewiesen worden; der Cessionar verlangt Erstattung der an den Cedenten gezahlten Valuta (vgl. § 437 BGB).

[2]) Vgl. die §§ 325—327 CPO. Ob die betreffende Bestimmung in einem privatrechtlichen oder in einem Prozeßgesetze enthalten ist, macht keinen Unterschied.

Digitized by Google

genössische im Gegensatze zur abhängigen Nebenintervention [Fitting]).

Die Form des Beitritts ist stets Zustellung eines Schriftsatzes (§ 70) und zwar an beide Parteien (RG 15, 391; 42, 401); es genügt nicht der mündliche Vortrag. Die Form ist insofern eine bestimmte, als der — bestimmende — Schriftsatz die Bezeichnung der Parteien und des Rechtsstreits, die bestimmte Angabe des Interesses, welches der Nebenintervenient hat, und die Erklärung des Beitritts enthalten muß[1]).

Sie hat nur Wirkung, wenn sie rechtzeitig geschieht. Die Grenzen ihrer Zulässigkeit sind durch die CPO selbst bestimmt: sie beginnt mit der Rechtshängigkeit und endet mit der rechtskräftigen Entscheidung des Rechtsstreits. Sie kann daher mit der Klageerhebung gleichzeitig, sie kann mittels Einlegung eines Einspruchs oder eines Rechtsmittels, in erster wie in einer späteren Instanz erklärt werden. Ist sie aber innerhalb dieser Zeit geschehen, so hat der Dritte ohne Weiteres die Stellung eines Nebenintervenienten, einer gerichtlichen Entscheidung bedarf es nur, wenn eine der beiden Prozeßparteien der Zulassung des Dritten widerspricht. Der Widerspruch erfolgt in der mündlichen Verhandlung und führt zu einem Zwischenstreite zwischen dem Dritten und der widersprechenden Partei; die Entscheidung kann nur auf Grund mündlicher Verhandlung durch Zwischenurtheil erfolgen; die Zulassung ist auszusprechen, wenn der Dritte sein Interesse auch nur glaubhaft macht. Das Zwischenurtheil unterliegt nur dem Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde[2]), und zwar auch dann, wenn es in dem in der Sache selbst erlassenen Urtheile — was nicht geschehen soll — mit enthalten ist (RG 38, 400 u. A.). Wird der Nebenintervenient rechtskräftig zurückgewiesen, so verlieren diejenigen von ihm vorgenommenen Prozeßhandlungen ihre Wirksamkeit, die nicht die unterstützte Partei selbst sich zu eigen gemacht hat.

Anlaß zur Nebenintervention kann die von einer Partei ausgehende Streitverkündung bieten. Denn diese besteht

---

[1]) Anwaltszwang und Abfassung des Schriftsatzes im übrigen richten sich nach den allgemeinen Grundsätzen.

[2]) Diese Bestimmung ist im Interesse baldiger Erledigung des Zwischenstreits getroffen.

Digitized by Google

in der von einer Prozeßpartei mittels Zustellung eines Schriftsatzes erfolgenden Benachrichtigung von dem Schweben des Prozesses. Sie kann erfolgen, wenn die Partei für den Fall des ihr ungünstigen Ausganges des Rechtsstreits einen Anspruch auf Gewährleistung oder Schadloshaltung gegen den Dritten erheben zu können glaubt oder den Anspruch des Dritten besorgt (§ 72). Ihre Voraussetzungen und die Folgen ihrer Unterlassung bestimmen sich daher nach privatrechtlichen Grundlagen (vgl. z. B. § 209, Nr. 4 BGB). Sie ist indessen prozessualisch und in Folge davon privatrechtlich nur dann wirksam, wenn der Grund der Streitverkündung in dem Schriftsatze angegeben ist (§ 73), und sie entspricht ihrem Zwecke, wenn sie den Dritten nur benachrichtigt. Damit ist dem Dritten die Gelegenheit gegeben, als Nebenintervenient zu Gunsten der streitverkündenden Partei aufzutreten.

Läßt der Dritte die Streitverkündung unbeachtet, so wird der Prozeß ohne ihn fortgesetzt, die Thatsache der erfolgten Streitverkündung genügt ja auch zur Wahrung der an sie geknüpften civilrechtlichen Wirkungen. Tritt der Dritte jedoch in den Prozeß ein, so ist er

a) im Regelfalle von der Zeit seines Beitrittes an Nebenintervenient (§ 74) und unterstützt den Streitverkünder;

b) in einem besonderen Falle tritt er an die Stelle des Beklagten, also als Hauptpartei in den Prozeß ein. Dieser Fall tritt dann ein, wenn der Beklagte dem Dritten, welcher die geltend gemachte Forderung als die seinige in Anspruch nimmt, den Streit verkündet, wenn ferner der Dritte in den Rechtsstreit eintritt und der bisherige Beklagte nach Hinterlegung des Fehlbetrages den Antrag auf Entlassung aus dem Prozesse stellt (§ 75). Dann verwandelt sich der Rechtsstreit in einen Feststellungsprozeß unter den beiden Forderungsprätendenten.

§ 59. Die Urheberbenennung.

Die Benennung des Urhebers (nominatio oder laudatio auctoris) ist eine Art der Streitverkündung, die sich von dem Regelfalle sowohl dadurch unterscheidet, daß sie nicht eine bloße Mittheilung, sondern eine Aufforderung enthält, und daß die Nichtbeachtung dieser Aufforderung für den Aufgeforderten nachtheilige Folgen hat.

Digitized by Google

Die Urheberbenennung setzt nämlich in ihrem Hauptfalle voraus (§ 76),

1) daß Jemand in seiner Eigenschaft als Besitzer einer Sache, also z. B. mit der Eigenthumsklage (§ 985 BGB) oder der Klage aus früherem Besitze (§ 1007 Abs. 2 BGB) verklagt wird.

2) daß der Beklagte behauptet, nur unmittelbarer Besitzer zu sein (§ 868 BGB),

3) daß der Beklagte zur Hauptsache noch nicht verhandelt hat,

und sie besteht in der vom Beklagten ausgehenden Streitverkündung an den mittelbaren Besitzer, verbunden mit der Ladung des mittelbaren Besitzers zur mündlichen Verhandlung und der Benennung des mittelbaren Besitzers an den Kläger.

Die Urheberbenennung kann ferner dann erfolgen, wenn

1) als Kläger auftritt der Eigenthümer oder dinglich Berechtigte, mit einer auf Beseitigung einer Eigenthumsbeeinträchtigung oder auf Unterlassung weiterer Beeinträchtigung gerichteten Klage (z. B. § 1004 BGB),

2) der Beklagte behauptet, die Beeinträchtigung in Ausübung des Rechts eines Dritten vorgenommen zu haben.

Sie geht auch in diesem Falle vom Beklagten aus und ist gerichtet an Denjenigen, dessen Recht ausgeübt worden ist (also z. B. vom Miether an den Vermiether). Und in beiden Fällen liegt ihr das Interesse des Beklagten zu Grunde, den ihm in Wahrheit fremden Prozeß auf den eigentlich Berechtigten abzuwälzen. Sein Verlangen ist daher nicht auf ein Beitreten, sondern auf ein Eintreten des Dritten an seiner Stelle gerichtet.

Hiernach richten sich die Wirkungen der Urheberbenennung:

1) Der Beklagte erlangt durch sie das Recht, bis zur Erklärung des Benannten die Verhandlung zur Hauptsache zu verweigern; sie ist also zwar eine prozessualische, nicht aber eine prozeßhindernde Einrede, denn der Beklagte rügt keineswegs den Mangel einer Prozeßvoraussetzung. Der Beklagte erlangt ferner dadurch, daß der Benannte sich nicht erklärt oder die Behauptung des Beklagten bestreitet, die Befugniß, dem Klageantrage zu genügen und auf diese Weise den Prozeß aus der Welt zu schaffen; übernimmt der Benannte aber den Prozeß, so ist der Beklagte befugt, zu verlangen, daß er vom Prozesse „entbunden", d. h. daß

Digitized by Google

durch Endurtheil die gegen ihn erhobene Klage abgewiesen werde.

2) Der Benannte erlangt damit, daß er die Behauptung des Beklagten als richtig anerkennt, die Befugniß, an Stelle des Beklagten den Prozeß zu übernehmen, d. h. als Beklagter in das Prozeßrechtsverhältniß einzutreten. Das Urtheil, das in diesem Prozesse ergeht, ist auch gegen den früheren Beklagten wirksam und vollstreckbar.

§ 60. Prozeßbevollmächtigte und Beistände.

Prozeßbevollmächtigte und Beistände treten als Gehülfen der Partei auf, unterscheiden sich aber vom Nebenintervenienten dadurch, daß ihnen das eigene rechtliche Interesse fehlt, wie stark auch das thatsächliche oder wirthschaftliche Interesse an dem Obsiegen der von ihnen unterstützten Partei sein mag. Unter einander unterscheiden sie sich darin, daß der Prozeßbevollmächtigte Vertreter der Partei ist, also an Stelle der Partei handelt, während der Beistand neben der Partei auftritt; die Zuziehung eines Prozeßbevollmächtigten ermöglicht die Vornahme von Prozeßhandlungen, welche die Partei selbst nicht vornehmen kann oder will, die Zuziehung eines Beistandes befreit die Partei nicht von der eigenen Thätigkeit, bezweckt aber eine geeignetere Prozeßführung.

I. Der Prozeßbevollmächtigte ist Vertreter der Partei, und auch für diesen Zweig der Vertretung besteht nach unserem Recht der Grundsatz der unmitelbaren Stellvertretung (§ 85)[1]).

Die Vertretungsmacht beruht niemals auf Gesetz, sondern regelmäßig auf Vertrag und ausnahmsweise auf richterlicher Anordnung. Der gesetzliche Vertreter einer Partei (Inhaber der elterlichen Gewalt, Vormund, Pfleger) ist an sich nicht Prozeßbevollmächtigter. Denn wenn er auf Grund seiner gesetzlichen Vertretungsmacht einen Prozeß führt, so handelt er in Folge der Prozeßunfähigkeit des Vertretenen als Partei und kann daher seinerseits die Prozeßführung einem Bevollmächtigten übertragen (s. oben § 55). Der Anwaltszwang

[1]) Mein bürgerliches Recht Deutschlands. 2. Aufl. S. 129 f.

[2]) Gerichtl. oder notarielle Beglaubigung auf Verlangen des Gegners.

Digitized by Google

(§ 78 CPO f. oben § 46) enthält zwar für die Partei die Nöthigung, einen Rechtsanwalt zum Prozeßbevollmächtigten zu bestellen, die Bestellung selbst aber erfolgt dnrch Vertrag.

1) Der *Vertrag*, welcher der Vollmachtsertheilung zu Grunde liegt und sich nach jetzigem Rechte (§§ 611, 612 BGB) als Dienstvertrag darstellt, ist nicht zu verwechseln mit der Vollmacht selbst. Die Vollmacht ist eine an den Dritten gerichtete Erklärung, daß der Bevollmächtigte Vertretungsmacht habe. Diese *einseitige* Willenserklärung kann dem Vertreter, dem Gericht oder dem Dritten gegenüber abgegeben werden und unterliegt an sich keiner Form. Nur zum *Nachweise* der Vollmacht bedarf es der Vorlegung einer *schriftlichen Erklärung* und der Abgabe dieser Urkunde zu den Gerichtsakten (§ 80)[1]).

Jener Vertrag kann jederzeit durch einseitige Erklärung des Vertreters oder Vertretenen gekündigt werden (§ 627 vergl. mit 675 BGB). Die Vollmacht aber endigt erst mit der dem Gegner oder dem Gericht gegenüber abgegebenen Erklärung, im Anwaltsprozeß sogar erst mit der Anzeige von der Bestellung eines anderen Anwalts (§ 87 CPO). Daher müssen bis zu diesem Zeitpunkte Zustellungen noch an den bisherigen Prozeßbevollmächtigten gerichtet werden, und dieser selbst bleibt, wenn er kündigt, noch berechtigt, für den Vollmachtgeber zu handeln, bis dieser für Wahrnehmung seiner Rechte in anderer Weise gesorgt hat. Durch den Tod des Vollmachtgebers, durch Verlust seiner Prozeßfähigkeit oder durch einen Wechsel in seiner gesetzlichen Vertretung wird die Prozeßvollmacht nicht aufgehoben (§ 86).

Im Anwaltsprozeß kann nur ein beim Prozeßgerichte zugelassener *Rechtsanwalt*, im Parteiprozeß kann jede prozeßfähige Person bevollmächtigt werden (§ 79), insbesondere also auch ein Rechtsanwalt, und die CPO begünstigt auch für den Parteiprozeß die Bestellung eines Rechtsanwalts (§ 91 Abs. 2). Ein Bevollmächtigter, welcher das Verhandeln vor Gericht geschäftsmäßig betreibt, aber nicht Rechtsanwalt ist, kann vom Gericht zurückgewiesen werden, es sei denn, daß er durch einen Akt der Justizverwaltung die Erlaubniß hierzu erhalten hätte (§ 157)[1]).

2) Durch *gerichtliche Anordnung* wird die Vertretungsmacht begründet, wenn das Gericht einer Partei

[1]) Sog. Prozeßagent (preuß. Justiz-Min. Verf. v. 25. 9. 99).

Digitized by Google

auf Grund des ihr ertheilten Armenrechts einen Rechtsanwalt beiordnet (§ 115 Nr. 3 CPO, § 34 RAO), oder wenn es ihr einen Rechtsanwalt aus dem Grunde beiordnet, weil die Partei einen ihrer Vertretung geneigten Anwalt nicht findet (§ 33 RAO). In beiden Fällen kann nur ein Rechtsanwalt bestellt werden. Diese Vertretungsmacht unterliegt nicht der Kündigung. Der Rechtsanwalt kann daher von der Vertretung nur dadurch befreit werden, daß die gerichtliche Anordnung rückgängig gemacht, insbesondere also dadurch, daß der Partei das Armenrecht entzogen wird.

Der Umfang der Vertretungsmacht richtet sich nach dem Inhalte der Vollmacht. Es kann daher eine Vollmacht zu einzelnen Prozeßhandlungen ertheilt werden. Der Zustellungsbevollmächtigte hat Vertretungsmacht für eine ganze Reihe gleichartiger Prozeßhandlungen, nämlich zum Empfange von Schriftstücken für den Vollmachtgeber. Im Gegensatze zu diesen beschränkten Vollmachten steht die Prozeßvollmacht schlechthin, d. h. zur gesammten Prozeßführung. Diese hat im Interesse der Sicherung des Prozeßgegners einen vom Gesetz bestimmten Umfang: sie ermächtigt nämlich zu allen den Rechtsstreit betreffenden Prozeßhandlungen, einschließlich derjenigen, welche durch eine Widerklage, eine Wiederaufnahme des Verfahrens und die Zwangsvollstreckung veranlaßt werden, zur Bestellung eines Vertreters, sowie eines Bevollmächtigten für die höheren Instanzen, ja sie ermächtigt sogar zur Beseitigung des Rechtsstreits durch Vergleich, Verzichtleistung auf den Streitgegenstand oder Anerkennung des von dem Gegner geltend gemachten Anspruchs, endlich zur Empfangnahme der von dem Gegner zu erstattenden Kosten (§ 81)[1]. Es kann daher der im Anwaltsprozeß bestellte Rechtsanwalt sich bei einzelnen Prozeßhandlungen, namentlich auch zur Wahrnehmung eines Verhandlungstermins, einen Substituten ernennen, dessen Vertretungsmacht mit dem Erlöschen der Vollmacht seines unmittelbaren Machtgebers von selbst erlischt, hat der Prozeßbevollmächtigte aber für die höhere Instanz einen „Bevollmächtigten" bestellt, so hat dieser gegenüber der Partei die Stellung eines Prozeßbevollmächtigten. Dieser Vollmachts-

[1]) Prozeßvollmacht für den Hauptprozeß umfaßt die Vollmacht für das durch eine Hauptintervention, einen Arrest oder eine einstweilige Verfügung veranlaßte Verfahren (§ 82).

Digitized by Google

umfang ist grundsätzlich gegenüber dem Prozeßgegner unbeschränkbar, eine Beschränkung hat nur insoweit Wirkung, als sie die Beseitigung des Prozesses (durch Vergleich, Verzicht, Anerkenntniß) zum Gegenstande hat (§ 83).

Die von der Partei im Anwaltsprozeß ertheilte Vollmacht kann nur eine Vollmacht zur Prozeßführung sein, und nur, soweit eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist, kann eine Vollmacht zu einzelnen Prozeßhandlungen ertheilt werden (§ 83 Abs. 2).

Nur die in Vertretungsmacht vorgenommene Prozeßhandlung ist, und nur die nachträglich genehmigte Handlung des Unbeauftragten wird für den Vertretenen bindend. Die Folge ist (§§ 88, 89), daß

1) vollmachtloses Handeln verhindert werden muß; diesem Zwecke dient die Vorschrift, daß der Mangel der Vollmacht im Parteiprozesse von Amtswegen berücksichtigt werden muß, in jedem Prozesse aber vom Gegner gerügt werden darf. Das Gesetz geht dabei von dem richtigen Gedanken aus, daß ein Rechtsanwalt nicht leicht ohne Vollmacht auftreten wird. Die Rüge führt zwar immer dahin, daß das Gericht die Vorlegung einer schriftlichen Vollmacht oder die Beibringung der Genehmigung bereits geschehener Prozeßhandlungen anordnen muß, daß es aber unter Bestimmung einer Frist für die Beibringung der Vollmacht oder Genehmigung den Unbeauftragten oder Vollmachtlosen zur Prozeßführung einstweilen zulassen kann,

2) daß ein Endurtheil erst erlassen werden darf, wenn die Vollmacht oder Genehmigung beigebracht ist oder innerhalb der gestellten Frist nicht beigebracht wird. Im letzteren Falle ist die Partei unvertreten, es kann also gegen sie auf Antrag des Gegners Versäumnißurtheil erlassen werden. Der einstweilen zur Prozeßführung Zugelassene hat die dem Gegner durch die Zulassung verursachten Kosten und Schäden zu ersetzen und ist zu diesen Kosten in demselben Prozesse zu verurtheilen.

II. Ein Beistand kann nur da auftreten, wo eine Vertretung durch Anwälte nicht geboten ist. In diesen Fällen kann jede prozeßfähige Person als Beistand handeln. Da er neben und also mit der Partei auftritt, liegt seine Berechtigung in der, wenngleich nur still-

Digitized by Google

schweigenden Duldung durch die Partei. Daher ist Alles, was der Beistand erklärt und von der Partei nicht sofort widerrufen oder berichtigt wird, von der Partei erklärt (§ 90).

b) Die Prozeßhandlungen.

1. Die Handlungen der Parteien.

§ 61. Allgemeines.

Die Handlungen der Parteien sind niemals Erfüllung einer Handlungspflicht, sie sind Bethätigungen einer den Parteien von der Rechtsordnung eingeräumten Macht, und zwar einmal der privatrechtlichen Verfügungsmacht (s. oben §§ 22, 24, 25) und ferner einer prozeßrechtlichen Verfügungsgewalt.

Die Folge ist, daß die Parteihandlungen eine bestimmende Wirkung auf den durch den Richter vertretenen Staat ausüben. Denn auf dem Gebiete des Privatrechts herrscht grundsätzlich der freie Wille der Partei, der Richter muß daher auch im Prozesse die Handlungen und Unterlassungen der Parteien als für ihn bindende Bethätigungen einer von ihm unabhängigen Macht hinnehmen und das thun, was prozessualisch aus dem Verhalten der Partei folgt. Er muß deshalb, wenn die Partei Thatsachenbehauptungen zugesteht oder zu bestreiten unterläßt, die behaupteten Thatsachen für sein Urtheil als feststehende Thatsachen verwerthen. Die prozeßrechtliche Verfügungsgewalt ist aber nichts weiter als ein Ausfluß jener privatrechtlichen Verfügungsmacht, denn die Rechtsschutzordnung des Prozeßrechts steht im Dienste der Rechtsordnung des Privatrechts. Es kann daher keiner Partei versagt werden, die Einrichtungen des Prozeßrechts für sich zu gebrauchen, und der Richter muß im Rechtsschutzinteresse thätig werden, wenn eine Partei seinen Schutz anruft; er tritt wieder außer Thätigkeit, wenn die Parteien auf seinen Rechtsschutz ausdrücklich oder stillschweigend verzichten.

Digitized by Google

Diesem Gegensatze entspricht der Unterschied von Prozeßbetrieb und Prozeßverhandlung.

Unter Prozeßbetrieb versteht man diejenige Thätigkeit, welche auf Herstellung des Prozeßrechtsverhältnisses und darauf gerichtet ist, daß der Prozeß zu Ende geführt werde. Entstehen kann ein Prozeß nur in Folge einer Parteithätigkeit, seinem Ende entgegengeführt wird er nach unserem Recht zwar nicht ausschließlich, aber doch hauptsächlich durch das Eingreifen der Partei (s. nächsten §). Die Prozeßbetriebshandlungen sind also Bethätigungen der prozessualischen Verfügungsmacht der Partei.

Prozeßverhandlung (oder Stoffvorlegung) ist diejenige Thätigkeit der Partei, durch welche sie eine ihr günstige Entscheidung herbeiführen und also dem Richter die Möglichkeit einer solchen Entscheidung gewähren will. Indem die Partei die ihr zweckdienlich erscheinenden Behauptungen aufstellt oder nicht aufstellt, Beweise führt oder zu führen unterläßt, Anträge stellt oder unterläßt, verfügt sie mittelbar über das im Streite befangene Privatrecht.

---

aa. Der Prozeßbetrieb.

§ 62. Partei- und Offizialbetrieb.

Da der Prozeßbetrieb immer nur darauf abzielt, die zum Urtheile führende oder die Urtheilsfällung vorbereitende mündliche Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte zu veranlassen, erschöpft sich die Prozeßbetriebsthätigkeit in demjenigen Verkehre, welcher unter den Parteien und zwischen dem Gericht und den Parteien stattfinden muß, um die in die mündliche Verhandlung zusammengedrängte Prozeßverhandlungsthätigkeit zu ermöglichen.

Darin stimmen alle Prozeßsysteme überein, daß die Anregung zur Einleitung eines Prozesses nur von einer Partei, nie vom Richter ausgehen kann (nemo judex sine

---

[1]) Vgl. Gaupp-Stein-Kommentar. Vorbemerkungen zu den §§ 165 ff.

Digitized by Google

actore). Aber schon in der Frage gehen die bisherigen Prozeßsysteme auseinander, ob die Einleitungshandlung dem Gericht obliegt oder dem Kläger zu überlassen sei. Wird durch die Prozeßbegründung der Richter verpflichtet, alle Handlungen vorzunehmen, die dem Zwecke der Prozeßerledigung dienen, so spricht man von Offizialbetrieb, wird er nur verpflichtet, die einzelne Handlung vorzunehmen, welche die Parteien als nächstes Ziel ihrer Thätigkeit verlangen, so spricht man von Parteibetrieb.

Die CPO steht weder rein auf dem französischen Standpunkte des Parteibetriebes, noch weniger aber auf dem gemeinrechtlichen Standpunkte des Offizialbetriebes: sie hat einen eingeschränkten Parteibetrieb. Denn es unterliegt dem Betriebe der Parteien

1) die Prozeßbegründung und derjenige Verkehr der Parteien unter einander und mit dem Gericht, welcher die Möglichkeit einer mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Gerichte herbeiführt, sowie derjenige Verkehr der Parteien unter einander, welcher den Zweck hat, die mündliche Verhandlung vorzubereiten.

Danach ist es Sache der Partei, die Bestimmung eines Verhandlungstermines herbeizuführen und den Gegner zu diesem Termine zu laden. Die Anregung zur Anberaumung des ersten Verhandlungstermines kann nach dem oben Gesagten nur vom Kläger, die Anregung zur Festsetzung eines weiteren Verhandlungstermines kann auch vom Beklagten ausgehen. Dies gilt für alle Instanzen, darum bezeichnet die CPO denjenigen, welcher eine neue Instanz eröffnet, als Berufungs- bezw. Revisionskläger.

Jenes Prinzip hat die CPO durch eine sehr wichtige Ausnahme durchbrochen. Sie geht nämlich von dem Gedanken aus, daß die Parteien nur darüber freies Ermessen haben sollen, ob sie dem Gericht die Thatsachenbehauptungen, welche dieses im Urtheil verwerthen soll, überhaupt vortragen. Darum verlieren die Parteien die Herrschaft über den Fortgang des Verfahrens an das Gericht, sobald dieses erklärt hat, daß es den Beweis gewisser Behauptungen verlange. Den Termin zur Erledigung des Beweisbeschlusses, sowie zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung nach stattgehabter Beweisaufnahme bestimmt das Gericht, und soweit Ladungen zu diesen Terminen erforderlich werden, gehen sie vom Ge-

Digitized by Google

richt aus (§§ 144, 358, 361, 363, 366, 367, 369, 389, 402, 432, 467, 370).

Unter der Herrschaft des Offizialbetriebes steht auch das vorbereitende Verfahren (§§ 349, 351, 352).

Wie es ferner Sache des Gerichts ist, seine Entscheidungen zu verkünden, so hat es auch von Amtswegen den Termin zur Verkündung zu bestimmen (§§ 310, 329 Abs. 2).

Der Wechsel vorbereitender Schriftsätze unterliegt ausschließlich der Parteithätigkeit.

2) Unter der Herrschaft des Parteibetriebes steht die Zustellung der richterlichen Entscheidungen. Denn die prozessualischen Wirkungen der Entscheidungen hängen nicht von ihrer Verkündung, sondern von ihrer Zustellung ab, daher steht es im Ermessen der Parteien, diese Wirkungen eintreten zu lassen und damit dem Prozesse Fortgang und Abschluß zu geben. Wird also heut ein Urtheil erster Instanz verkündet, so bleibt das Prozeßverhältniß in alle Zukunft bestehen, wenn das Urtheil nicht auch zugestellt wird. Da aber die obsiegende Partei ein Interesse daran hat, möglichst bald die Rechtskraft des Urtheils herbeizuführen, so wird sie es dem Gegner zustellen, denn erst mit der Zustellung beginnt die Frist zu laufen, mit deren Ablauf das Urtheil unanfechtbar wird. Die unterlegene Partei kann Berufung nur einlegen, wenn das Urtheil zugestellt ist, und da sie nicht wissen kann, ob und wann der Gegner es ihr zustellen lassen wird, so wird sie selbst es dem Gegner zustellen.

Auch dieser Grundsatz erleidet wichtige Ausnahmen,

a) durch das öffentliche Interesse, das etwa an dem Eintritt der Rechtswirkungen des Urtheils besteht. Daher sind Urtheile, welche die Scheidung oder Nichtigkeit einer Ehe aussprechen, von Amtswegen zuzustellen (§ 625). Denn es kann den Parteien nicht überlassen bleiben, die Trennung oder die Nichtigkeit ihrer Ehe beliebig eintreten oder nicht eintreten zu lassen. Daher unterliegt die Zustellung der Urtheile, welche die Scheidungs- oder die Nichtigkeitsklage abweisen, dem Parteibetriebe, denn sie lassen den bisherigen Zustand, die Ehe, bestehen. Die Folge ist, daß ein Urtheil zweiter Instanz, welches die Berufung gegen ein die Scheidung oder Nichtigkeit der Ehe aussprechendes Urtheil zurückweist, von Amtswegen zugestellt werden muß, denn das die Scheidung oder Nichtigkeit aussprechende Urtheil

Digitized by Google

ist jetzt dieses zweite Urtheil. Derselbe Grundsatz gilt betreffs der Zustellung der Urtheile in Kindschaftssachen (§ 640, 641, 625). Es müssen deshalb alle in diesen Sachen erlassenen, dem Klageantrage stattgebenden Urtheile von Amtswegen, die den Klageantrag abweisenden und die bedingten Urtheile von der Partei zugestellt werden.

b) Der Grundsatz erleidet ferner eine Einschränkung durch die Schriftlichkeit des der Entscheidung vorangegangenen Verfahrens. Denn alle nicht verkündeten Beschlüsse des Gerichts müssen von Amtswegen zugestellt werden (§ 329 Abs. 2).

Daß das Entmündigungsverfahren dem Offizialbetriebe unterliegt, erklärt sich aus der Natur dieses Verfahrens von selbst.

§ 63. Die Zustellungen und Ladungen im Allgemeinen.

A. Soll eine mündliche Verhandlung ermöglicht werden, so muß die Ladung der Parteien zur Verhandlung erfolgen, d. h. eine entweder von der Partei oder von dem Gericht ausgehende und an die Parteien gerichtete Aufforderung, in dem vom Gerichte bestimmten Verhandlungstermine zu erscheinen.

Die von der Partei ausgehende Ladung erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes (im Parteiprozeß eines Gerichtsschreiberprotokolls oder Schriftsatzes). Der Schriftsatz muß jene Aufforderung, im Anwaltsprozeß auch die Aufforderung enthalten, einen bei dem Gerichte zugelassenen Anwalt zu bestellen[1]), und muß vorher dem Gerichtsschreiber überreicht werden, damit der Vorsitzende den Termin bestimme. Die Ladung ist in den Schriftsatz aufzunehmen, wenn gleichzeitig ein solcher (z. B. die Klageschrift) zugestellt werden soll (§§ 214—216).

Die vom Gericht ausgehende Ladung wird vom Vorsitzenden angeordnet. Auch sie bedarf der Zustellung, und zwar an beide Parteien, während die von der Partei ausgehende Ladung stets nur an die Gegenpartei gerichtet wird. Aber indem die Partei den Gegner ladet, ladet sie sich selbst.

[1]) Es sei denn, daß die Ladung einem Rechtsanwalt zuzustellen wäre.

Digitized by Google

B. Unter Zustellung versteht das Gesetz die beurkundete Uebergabe eines Schriftstücks an eine am Prozesse betheiligte Person oder deren Vertreter. Die Uebergabe von Schriftstücken an das Gericht ist keine Zustellung im Sinne des Gesetzes, sie wird daher auch nicht von der übergebenden Person, sondern von der empfangenden Gerichtsbehörde (durch einen sogen. Eingangsvermerk, früher Präsentatum genannt) beurkundet und vom Gesetz als „Niederlegung auf der Gerichtsschreiberei" oder als „Einreichung" bezeichnet.

In den von der CPO gegebenen Vorschriften haben die gesetzgeberischen Gedanken über eine Verbindung von Parteibetrieb und Offizialbetrieb einen nicht gerade glücklichen Ausdruck gefunden. Zwar hat die Novelle zur CPO von 1898 manches gebessert, insbesondere manchen unnöthigen Formalismus beseitigt, die Hauptgrundsätze der CPO aber sind bestehen geblieben.

Nach diesen unterscheidet man die Zustellung auf Betreiben der Parteien (§§ 166—207) und die Zustellung von Amtswegen (§§ 208—213), je nachdem das Verlangen nach Vornahme einer Zustellung von der Partei oder vom Gericht ausgeht, je nachdem also die in der Zustellung liegende Uebergabe eine Uebergabe von der Partei an die Partei oder vom Gericht an die Partei ist. Gleichgültig ist dabei die Art des zuzustellenden Schriftstücks und die Art und Weise, wie die Uebergabe vermittelt wird. Es macht also keinen Unterschied, ob eine Parteierklärung oder eine richterliche Entscheidung zugestellt wird, und es macht keinen Unterschied, wie viele Personen bei der Ausführung der Uebergabe mitwirken (Gerichtsschreiber, Gerichtsvollzieher, Postbote).

§ 64. Die Zustellung auf Parteibetrieb.

Die Zustellung auf Parteibetrieb erfolgt grundsätzlich durch Gerichtsvollzieher (§ 166 Abs. 1). Dieser Satz will zwar die Regel aussprechen, erleidet aber so viele Ausnahmen, daß hier der Gegensatz von Zustellung durch Gerichtsvollzieher und Zustellung in anderer Weise aufgestellt werden soll.

I. Die Zustellung durch den Gerichtsvollzieher

setzt einen von der Partei dem Gerichtsvollzieher ertheilten Auftrag voraus. Der Auftrag kann dem Gerichtsvollzieher

Digitized by Google

unmittelbar oder durch Vermittelung des Gerichtsschreibers des Prozeßgerichts ertheilt werden. Der unmittelbare Auftrag bildet die Regel, die Vermittelung des Gerichtsschreibers ist eine den Parteien gewährte Erleichterung und daher nur fakultativ und nur in den vom Gesetze zugelassenen Ausnahmefällen gestattet.

Diese Ausnahmefälle sind (§ 166 Abs. 2)

1. das gesammte Verfahren vor den Amtsgerichten,
2. im Anwaltsprozesse diejenigen Zustellungen, durch welche eine Nothfrist gewahrt wird.

Abgesehen davon, daß in diesen Fällen der Partei oder dem Anwalt die Auswahl des Gerichtsvollziehers erspart wird, erlangt die Partei durch die Vermittelung den Vortheil, daß, wenn innerhalb zweier Wochen nach der Einreichung des zuzustellenden Schriftstückes zugestellt wird, eine etwa einzuhaltende Nothfrist nicht erst mit dieser Zustellung, sondern schon mit dem Zeitpunkte der Einreichung des Schriftstückes beim Gerichtsschreiber gewahrt wird (§ 207 Abs. 2). Der um seine Vermittelung angegangene Gerichtsschreiber hat mit der Zustellung einen Gerichtsvollzieher zu beauftragen, es sei denn, daß die Partei, und zwar im Anwaltsprozeß in dem zuzustellenden Schriftsatze erklärt, daß sie selbst einen Gerichtsvollzieher mit der Zustellung beauftragen werde (§ 168).

Der dem Gerichtsvollzieher ertheilte Auftrag unterliegt so wenig als das an den Gerichtsschreiber gerichtete Vermittelungsersuchen einer Form, es genügt die mündliche Erklärung (§ 167), der Auftrag ist aber nur dann wirksam ertheilt, wenn dem Gerichtsvollzieher neben der Urschrift des zuzustellenden Schriftstückes eine der Zahl der Personen, welchen zuzustellen ist, entsprechende Zahl von Abschriften übergeben wird (§ 169). Denn nur hierdurch wird der Gerichtsvollzieher in Stand gesetzt, den Auftrag auszuführen.

Ausgeführt wird der Zustellungsauftrag dadurch, daß in den Fällen, in welchen eine Ausfertigung zugestellt werden soll, diese, in allen andern Fällen eine beglaubigte Abschrift des zuzustellenden Schriftstückes übergeben wird.

Danach ist zu unterscheiden zwischen dem Gegenstande der Zustellung und dem Gegenstande der Uebergabe. Zugestellt wird dasjenige Schriftstück, das dem andern Theile mitgetheilt werden soll, übergeben die Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift dieses Schriftstückes, die Urschrift des

Digitized by Google

mitzutheilenden Schriftstückes bleibt also immer im Besitze desjenigen, der zustellen läßt. Wenn z. B. dem Beklagten die Klageschrift zugestellt werden soll, so behält der Gerichtsvollzieher und durch ihn der Kläger die ihm von der Partei übergebene Urschrift, d. h. die von der Partei oder dem Anwalt eigenhändig geschriebene oder wenigstens unterschriebene Klageschrift, er übergiebt dem Beklagten nur die beglaubigte Abschrift der Klageschrift.

Ausfertigung ist eine sich als solche bezeichnende, im Verkehre die Urschrift vertretende Abschrift des Originals, jede andere Abschrift hat nur den Zweck, Kenntniß von dem Inhalte der Urschrift zu geben. Soll diese Kenntniß eine zuverlässige sein, so ist die Abschrift zu beglaubigen; in der Beglaubigung liegt die Erklärung, daß die Abschrift mit der Urschrift übereinstimme. Jede Ausfertigung enthält eine beglaubigte Abschrift, die Ausfertigung gerichtlicher Urkunden außerdem die Unterschrift des Gerichtsschreibers und die Beifügung des Gerichtssiegels, die Ausfertigung anderer Urkunden die Unterschrift des Urhebers. Die CPO kennt außer der Uebergabe von Ausfertigungen nur eine solche beglaubigter Abschriften (§ 170). Die Beglaubigung geschieht durch den Gerichtsvollzieher, bei den auf Betreiben von Rechtsanwälten oder in Anwaltsprozessen zuzustellenden Schriftstücken durch den Anwalt[1]). Ist ein nicht beglaubigtes Schriftstück übergeben, so ist die Zustellung unwirksam (RG 33, 400).

Nicht ganz einfach ist die Frage zu beantworten, an wen gültig zugestellt werden kann.

Die Zustellung ist ein gegenüber einer Partei vorzunehmender Rechtsakt, er setzt also voraus, daß er gegenüber dem richtigen Zustellungsempfänger vorgenommen werde, und ist ungültig, wenn er gegenüber einer anderen Person vorgenommen wird. Die CPO geht davon aus, daß, sobald ein Prozeßbevollmächtigter vorhanden ist, an diesen zugestellt werden muß und nur, wenn es an einem solchen fehlt, an die Partei zugestellt werden kann.

a) Alle in einem anhängigen Rechtsstreite geschehenden Zustellungen müssen an den für die Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten des Zustellungsempfängers erfolgen (§ 176). Daraus folgt von selbst, daß diejenige Zustellung, durch welche der Rechtsstreit anhängig wird —

[1]) D. i. denjenigen, welcher zustellt bezw. zustellen läßt.

Digitized by Google

Zustellung der Klage — an den Beklagten selbst erfolgen muß, auch wenn der Kläger weiß, daß der Beklagte in Erwartung des drohenden Prozesses schon einen Prozeßbevollmächtigten bestellt hat. Eine Instanz begreift alle diejenigen Prozeßhandlungen, welche von dem den prozessualischen Anspruch auf Entscheidung dieses Gerichts begründenden Akte bis zur Zustellung dieser Entscheidung vorgenommen werden; erst mit dieser Zustellung wird die Instanz abgeschlossen. Zur Instanz gehört auch der Einspruch gegen ein Versäumnißurtheil, das durch die Aufhebung eines Urtheiles und die Zurückverweisung der Sache (§§ 538, 565), das durch die Wiederaufnahme (Nichtigkeits- oder Restitutionsklage) oder durch ein neues Vorbringen bei der Zwangsvollstreckung (§§ 767, 768) veranlaßte Verfahren. Zur ersten Instanz zählt nach ausdrücklicher Vorschrift das Verfahren vor dem Vollstreckungsgerichte und nach der Natur der Sache das Kostenfestsetzungsverfahren (§§ 104 ff., RG 11, 392).

Wird eine neue Instanz beschritten, so stehen der prozeßbetreibenden Person verschiedene Wege offen. Die Zustellung des Schriftsatzes, durch welchen ein Rechtsmittel eingelegt wird, erfolgt

aa) beim Vorhandensein eines gegnerischen Prozeßbevollmächtigten

α) grundsätzlich an den Prozeßbevollmächtigten derjenigen Instanz, deren Entscheidung angefochten wird, in Ermangelung eines solchen an den Prozeßbevollmächtigten erster Instanz,

β) sie kann aber auch erfolgen an den vom Gegner für die höhere Instanz bestellten Prozeßbevollmächtigten,

bb) in Ermangelung eines Prozeßbevollmächtigten an den Zustellungsbevollmächtigten, und fehlt es auch an einem solchen, an den Gegner selbst (§ 179)[1].

b) Fehlt es an einem Prozeßbevollmächtigten, erfolgt die Zustellung also an die Partei, so macht sich der Umstand geltend, daß jede Zustellung eine zwar einseitige, aber mit Rechtswirkungen auch für den Empfänger ausgestattete Prozeßhandlung ist. Hieraus folgt, daß die Zustellung nicht an die prozeßunfähige Partei,

[1] Besonderer Fall, daß der Aufenthalt des Prozeßbevollmächtigten unbekannt ist (§ 177).

Digitized by Google

sondern an deren gesetzlichen Vertreter erfolgen muß, und daß sie nur an die Vorsteher erfolgen kann, wenn eine Behörde, Gemeinde, Korporation oder ein Verein, der als solcher klagen und beklagt werden kann, Partei ist, so jedoch, daß bei einer Mehrheit von Vorstehern die Zustellung an einen von ihnen genügt (§ 171). Die Zustellung kann an den Generalbevollmächtigten oder den Prokuristen der Partei erfolgen (vergl. § 173, Unteroffiziere und Soldaten vergl. § 172).

Um die Zustellung an die Partei zu erleichtern, spricht das Gesetz (§§ 174, 175) die Verpflichtung aus, daß

aa) diejenige Partei, welche weder am Orte des Prozeßgerichts noch innerhalb des Amtsgerichtsbezirks, in welchem das Prozeßgericht seinen Sitz hat, wohnt, auf die vom Gegner beantragte Anordnung des Gerichts,

bb) diejenige Partei, welche nicht im Deutschen Reiche wohnt, ohne gerichtliche Anordnung einen Zustellungsbevollmächtigten bestelle und dem Gegner benenne, d. h. eine Person, welche zum Empfange der für die Partei bestimmten Schriftstücke bevollmächtigt ist und am Sitze jenes Gerichts oder in jenem Bezirke wohnt. Unterbleibt die Bestellung eines Zustellungsbevollmächtigten, so können alle Zustellungen an die zur Bestellung verpflichtete Partei durch Aufgabe zur Post erfolgen.

Die Frage nach dem richtigen Zustellungsempfänger ist nach vorstehendem vom Auftraggeber oder vom vermittelnden Gerichtsschreiber zu beantworten, Sache des Gerichtsvollziehers ist die Frage, wo er dieser Person zustellt. In dieser Beziehung ist die Zustellung zu eigenen Händen des Empfängers als die grundsätzlich zunächst zu versuchende von der Ersatzzustellung zu unterscheiden.

Die Zustellung zu eigenen Händen (§ 180) kann an jedem Orte, an welchem die Partei angetroffen wird, erfolgen; hat sie aber an diesem Orte eine Wohnung oder ein Geschäftslokal, so kann sie eine außerhalb der Wohnung oder des Geschäftslokales ihr angebotene Zustellung dadurch vereiteln, daß sie die Annahme verweigert. Eine von ihr angenommene Zustellung ist wirksam. Hat sie trotz ihrer Annahmepflicht die Annahme verweigert, so kann das zuzustellende Schriftstück am Orte der Zustellung zurückgelassen werden (§ 186), die Zustellung ist damit gültig geschehen.

Digitized by Google

Ersatzzustellung ist jede nicht an den Empfänger persönlich bewirkte Zustellung. Sie setzt stets voraus, daß die Zustellung zu eigenen Händen in der Wohnung oder dem Geschäftslokale des Empfängers versucht, aber in Folge Abwesenheit des Empfängers nicht ausgeführt ist (§§ 181—184). Die Ersatzzustellung kann nach näherer Vorschrift an ein erwachsenes Familienmitglied, an eine Dienstperson, an den Hauswirth oder Vermiether, durch Niederlegung auf der Gerichtsschreiberei des Amtsgerichts oder auf der Postanstalt u. s. w. erfolgen, nur darf sie nicht an diejenige Person gerichtet werden, welche Prozeßgegner des Empfängers ist (§ 185), weil in diesem Falle die Gefahr bestände, daß die Zustellung formell gültig erfolgt, die Partei aber von dem ganzen Prozesse nichts erführe und daher unvertreten bliebe.

Durch Verweigerung der Annahme von Seiten einer zur Annahme verpflichteten Person kann die Zustellung nicht vereitelt werden (§ 186 s. oben).

Diese zahlreichen Formvorschriften bieten überall die Möglichkeit einer Verletzung, und jede Verletzung hat die Unwirksamkeit der betreffenden Zustellung zur Folge. Ergiebt sich indeß aus den Erklärungen einer Partei, daß eine Ladung, deren Zustellung an eine nicht zur Annahme verpflichtete Person erfolgte, in die Hände der Partei gelangt ist, so kann sie den Formmangel nicht mehr rügen: als Zeitpunkt der Zustellung gilt dann der Augenblick, in welchem die Partei nach ihren Erklärungen die Ladung erhalten hat (§ 187).

Eine Zustellung soll nicht zur Nachtzeit und nicht an einem Sonntage oder allgemeinen Feiertage erfolgen, es sei denn, daß eine richterliche Erlaubniß hierzu ertheilt wäre. Wird eine zu dieser Zeit angebotene Zustellung angenommen, so ist sie wirksam (§ 188).

Zum Wesen der Zustellung gehört die Aufnahme einer Zustellungsurkunde durch den Zustellungsbeamten. Die Folge ist, daß die nicht beurkundete Zustellung ungültig ist, auch wenn das zuzustellende Schriftstück in die Hände der Partei gelangt, daß aber der Beweis, daß eine Urkunde aufgenommen worden, mit jedem Beweismittel geführt werden kann, also namentlich durch Vernehmung des Gerichtsvollziehers (§ 190, RG 19, 424 und die dort angeführten).

Die Zustellungsurkunde selbst, welche den in § 191 bezeichneten Inhalt haben muß, aber nur von dem zu-

Digitized by Google

stellenden Beamten, nicht auch vom Empfänger unterschrieben wird, wird auf die Urschrift des zuzustellenden (nicht des zu übergebenden) Schriftstückes oder auf einen mit dieser Urschrift zu verbindenden Bogen gesetzt, so daß also die Urschrift mit der Zustellungsurkunde eine Sache bildet. Eine vom Gerichtsvollzieher zu beglaubigende Abschrift der Zustellungsurkunde ist auf das zu übergebende Schriftstück oder auf einen damit zu verbindenden Bogen zu setzen (§ 190). Die Urschrift der Zustellungsurkunde ist dem Auftraggeber in beliebiger Weise zu übermitteln. Auch diese Formen sind Bedingungen für die Gültigkeit des Zustellungsaktes.

II. Zustellung in anderer Weise.

1. Zustellung durch die Post ist eine durch die Post vermittelte Zustellung. Sie geschieht in der Weise, daß der Gerichtsvollzieher einen mit seinem Dienstsiegel verschlossenen und an den Zustellungsempfänger adressirten, das zu übergebende Schriftstück enthaltenden Briefumschlag der Post mit dem Ersuchen übergiebt, die Zustellung einem Postboten des Bestimmungsortes aufzutragen. Die Uebergabe des Briefes an die Post wird vom Gerichtsvollzieher auf der Urschrift des zuzustellenden Schriftstückes oder einem damit zu verbindenden Bogen beurkundet, der Postbote aber, welcher bei Ausführung der Zustellung in derselben Weise zu verfahren hat wie der Gerichtsvollzieher bei der durch ihn ausgeführten Zustellung verfährt, nimmt über die von ihm an den Adressaten bewirkte Zustellung eine Zustellungsurkunde auf, welche er dem absendenden Gerichtsvollzieher übermittelt. Es werden also zwei Urkunden aufgenommen (§§ 194, 195).

Anders bei der Zustellung durch Aufgabe zur Post. Hier wird die Zustellung nicht durch die Post vermittelt, also nicht durch die Seitens des Postboten geschehende Uebergabe an den Adressaten ausgeführt, sondern dadurch vollendet, daß der Gerichtsvollzieher den Brief bei der Post aufgiebt. Daher bildet die Urkunde über die Aufgabe die Zustellungsurkunde, und es ist gleichgültig, ob der Brief beim Adressaten ankommt (§§ 175, 192).

Soweit eine Vermittlung der Zustellung durch den Gerichtsschreiber zulässig ist, kann dieser die Post unmittelbar um Bewirkung der Zustellung ersuchen (§ 196).

Digitized by Google

2. Die Zustellung von Anwalt zu Anwalt kann geschehen, wenn beide Parteien durch Anwälte vertreten sind, und erfolgt durch einfache, aber beurkundete Uebergabe von dem einen an den andern Anwalt. Die Zustellungsurkunde wird hier ersetzt durch das vom Empfänger mit Datum und Unterschrift versehene Empfangsbekenntniß. Dieses dient dem zustellenden Anwalt als Beweismittel dafür, daß er zugestellt hat. Der zustellende Anwalt hat auf Verlangen dem Gegner eine Bescheinigung über die erfolgte Zustellung zu ertheilen. Damit beweist der Empfänger, daß ihm zugestellt ist (§ 198).

3. Die Zustellung im Auslande erfolgt mittels Ersuchens der zuständigen Behörde des fremden Staates oder des in diesem Staate residirenden Konsuls oder Gesandten des Reiches (§§ 199—201). Die Ersuchungsschreiben werden vom Vorsitzenden des Prozeßgerichts erlassen, und die Zustellung wird durch das schriftliche Zeugniß der ersuchten Behörden oder Beamten, daß die Zustellung erfolgt sei, nachgewiesen (§ 202).

4. Die öffentliche Zustellung erfolgt durch öffentliche Bekanntmachung, gleichviel ob der Zustellungsempfänger von ihr Kenntniß erlangt oder nicht. Sie ist daher nur in besonderen Fällen zulässig:

a) wenn der Aufenthalt einer Partei unbekannt ist,
b) wenn die Zustellung im Auslande erfolgen muß und die Befolgung der für diese bestehenden besonderen Vorschriften unausführbar ist oder keinen Erfolg verspricht,
c) wenn eine Zustellung an eine der deutschen Gerichtsbarkeit unterworfene Person in der Wohnung einer der deutschen Gerichtsbarkeit nicht unterworfenen Person erfolgen müßte (§§ 203 CPO, §§ 18, 19 GVG).

Die öffentliche Zustellung kann ferner nur dann geschehen, wenn sie der Partei auf deren Antrag vom Prozeßgericht bewilligt ist, was ohne mündliche Verhandlung geschehen kann. Ausgeführt wird die öffentliche Zustellung durch den Gerichtsschreiber von Amtswegen, und zwar

a) in jedem Falle durch Anheftung der zuzustellenden Ausfertigung oder einer beglaubigten Abschrift des zuzustellenden Schriftstückes an die Gerichtstafel,

b) bei Ladungen außerdem durch zweimalige Einrückung in das Publikationsorgan des Gerichts und ein-

Digitized by Google

malige Einrückung in den Deutschen Reichsanzeiger (§ 204).

Die Zustellung beruht hier auf einer Fiktion: sie ist im Falle zu a bewirkt mit Ablauf von zwei Wochen seit der Anheftung, im Falle zu b mit Ablauf eines Monats seit der letzten Einrückung in die öffentlichen Blätter (§ 206).

In den Fällen, in welchen die Zustellung nicht ausschließlich der Macht der Partei unterliegt, sondern durch Ersuchen von Behörden oder Beamten oder durch öffentliche Zustellung erfolgt, sollen die Parteien durch eine Verzögerung, die durch jene Organe herbeigeführt wird, nicht leiden. Wird daher die von der Partei verlangte Zustellung durch eines jener Organe thatsächlich bewirkt, so treten die Wirkungen der Zustellung, soweit es sich um Wahrung einer Frist oder Unterbrechung der Verjährung handelt, schon mit der Uebereichung desjenigen Gesuches ein, in welchem die Ausführung der Zustellung beantragt wird (§ 207 Abs. 1).

§ 65. Die Zustellung von Amtswegen.

Bei der Zustellung von Amtswegen kommt die Mitwirkung eines Gerichtsvollziehers in Wegfall. Daher giebt es hier keinen Auftrag zur Zustellung, vielmehr hat der Gerichtsschreiber die Amtspflicht, für die Bewirkung der Zustellung Sorge zu tragen (§ 209); der Gerichtsschreiber hat aber die Zustellung nicht selbst auszuführen, zur Ausführung bedient er sich vielmehr der Mitwirkung der Post oder eines Gerichtsdieners.

Sache des Gerichtsschreibers ist es daher, die erforderlichen Ausfertigungen oder Abschriften herzustellen, die zu übergebenden Abschriften zu beglaubigen, die erforderlichen Vermerke in den Akten vorzunehmen und das zu übergebende Schriftstück der Post oder dem Gerichtsdiener in einem mit dem Gerichtssiegel verschlossenen, adressirten und mit einer Geschäftsnummer, sowie mit dem Vermerk: „Vereinfachte Zustellung" versehenen Briefumschlage auszuhändigen.

Die Uebergabe des Briefes erfolgt durch den Postboten oder den Gerichtsdiener. Sie muß durch den zustellenden Beamten in der Weise beurkundet werden, wie dies für den auf Parteibetrieb geschehenden Zustellungsakt vorgeschrieben ist. Dagegen bedarf es nicht der Uebergabe einer

Digitized by Google

Abschrift der Zustellungsurkunde, vielmehr hat der zustellende Beamte auf dem Briefumschlage den Tag der Zustellung zu vermerken. Die Zustellungsurkunde wird dem Gerichtsschreiber übermittelt (§§ 211, 212).

Erfolgt die Zustellung durch Aufgabe zur Post, so wird keine Zustellungsurkunde aufgenommen, sondern nur ein Vermerk in die Akten gesetzt, zu welcher Zeit und unter welcher Adresse die Aufgabe geschehen ist (§ 213).

§ 66. a) Die Prozeßbegründung.

Das Prozeßrechtsverhältniß wird nach gegenwärtigem Prozeßrecht begründet durch Erhebung der Klage (§ 263). Die Erhebung der Klage aber erfolgt durch die Zustellung der mit der Terminsbestimmung versehenen Klageschrift (§ 253).

Damit kennzeichnet sich das wichtigste aller Prozeßrechtsgeschäfte als ein einseitiges, aber empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft. Es bedarf zu seinem Zustandekommen

a) nicht der Mitwirkung des Beklagten. Auch für das heutige Recht die Einlassung des Beklagten für nothwendig zu erklären und auf diese Weise zu einer Einlassungspflicht zu gelangen, beruht auf dem Bestreben, liebgewordenen, aber der Erhaltung weder bedürftigen noch würdigen Begriffen des gemeinen Civilprozesses für das deutsche Prozeßrecht ein künstliches Scheindasein zu geben. Der Beklagte kann sich einlassen, d. h. in der mündlichen Verhandlung auf den vom Kläger behaupteten privatrechtlichen Anspruch sich erklären, und auch diese Einlassung hat Rechtswirkungen. Die Einlassung setzt aber das Entstandensein des Prozeßrechtsverhältnisses voraus. Die Folge ist, daß auch beim Ausbleiben des Beklagten auf Verlangen des Klägers ein Urtheil erlassen werden muß.

b) Es bedarf ferner nicht der Mitwirkung des Gerichts. Allerdings hat der Kläger die Klageschrift zum Zwecke der Bestimmung des Termins zur mündlichen Verhandlung beim Gerichtsschreiber des Prozeßgerichts einzureichen, der Vorsitzende hat zu prüfen, ob die formalen Erfordernisse einer Klageschrift vorhanden sind (darüber nächsten §), und nur bei bejahendem Ergebniß dieser Prüfung den Termin auf der Urschrift der Klage zu vermerken, der Gerichtsschreiber hat die für das Gericht bestimmte Abschrift der

Digitized by Google

Klage zurückzubehalten, auf diese Abschrift den Terminsbestimmungsvermerk zu übertragen und die Urschrift dem Kläger zurückzugeben, aber alle diese Thätigkeiten haben nicht den Zweck, das Prozeßverhältniß mit zu begründen, sondern nur den, dem Kläger die Zustellung der Klageschrift zu ermöglichen. Die Zustellung, also die Klageerhebung, selbst hängt auch jetzt noch ausschließlich vom Willen des Klägers ab. Erklärt in der mündlichen Verhandlung das Gericht, daß auf Grund der vorliegenden Klageschrift eine mündliche Verhandlung zur Hauptsache nicht erfolgen könne, so ist dies stets die Folge davon, daß ein Prozeßverhältniß nicht zu Stande gekommen ist.

Die Prozeßbegründung durch Zustellung einer Klageschrift bildet nur die nicht ausnahmslose Regel. Im amtsgerichtlichen Verfahren kann die Klage zu Protokoll des Gerichtsschreibers erklärt werden, die Prozeßbegründung erfolgt deshalb in diesem Falle durch Zustellung des Protokolles (§§ 496, 499); sie kann im amtsgerichtlichen Verfahren am ordentlichen Gerichtstage oder bei fehlgeschlagenem Sühneversuche durch mündlichen Vortrag der Klage erfolgen (§§ 500, 510); das Prozeßrechtsverhältniß ist in diesen Fällen mit dem Zeitpunkte der Beendigung des Vortrages entstanden. Endlich wird durch Zustellung des Zahlungsbefehles (§ 693) das Prozeßrechtsverhältniß begründet.

Empfangsbedürftig ist die in dem Geschäfte der Prozeßeröffnung enthaltene einseitige Willenserklärung des Klägers, denn sie kann gültig nur gegenüber dem Beklagten und zugleich gegenüber dem Gericht abgegeben werden. Daher ist Zustellung der Klageschrift an einen Andern als den Beklagten, sowie Zustellung eines Schriftsatzes, der sich zwar äußerlich als Klageschrift darstellt, aber noch nicht mit der Terminsbestimmung versehen ist, sowie mündlicher Vortrag einer Klage vor einem anderen Gerichte als einem Amtsgerichte, ein wirkungsloser Akt.

§ 67. Klage und Klageschrift.

Auch heute noch bedient man sich des Wortes Klage in einem dreifachen Sinne. Es wird wie das Wort actio verwendet, um damit das klagbare Recht zu bezeichnen; es wird ferner zuweilen in gleichem Sinne gebraucht wie Klageschrift. Beide Verwendungsarten des Wortes sind zu

Digitized by Google

mißbilligen. Dem Sprachgebrauche der CPO entspricht allein diejenige Verwendung des Wortes, nach welcher es gleichbedeutend ist mit Klage*handlung* und also denjenigen prozessualischen Akt bezeichnet, durch welchen der Richter angegangen wird, über einen zum Schutze von Privatrechten gestellten Antrag durch Urtheil zu entscheiden. Die Klage*schrift* ist nur die von der CPO § 253 für die Klagehandlung verlangte Form. Daher bestimmt sie: „Die Erhebung der Klage — d. i. der Klagehandlung — erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes" — d. i. der Klageschrift.

Die Klageschrift gehört zu den obligatorischen bestimmenden Schriftsätzen (s. oben S. 165), *ihr Inhalt bildet die Grundlage des Prozesses*. Nur die Widerklage wird durch mündlichen Vortrag in der Verhandlung erhoben, denn sie ist nicht Grundlage des Prozesses, sondern ein erst im Laufe des Prozesses erhobener Anspruch (§§ 280, 281).

Obligatorisch wie die Klageschrift selbst ist ihr im § 253 vorgeschriebener Inhalt.

Die Klageschrift *muß* enthalten:

1) die Bezeichnung der Parteien und des Gerichts;
2) die bestimmte Angabe des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs, sowie einen bestimmten Antrag;
3) die Ladung des Beklagten vor das Prozeßgericht zur mündlichen Verhandlung des Rechtsstreits.

Darüber, was als *Grund des erhobenen Anspruchs* in die Klageschrift aufzunehmen ist, besteht ein Meinungsstreit, der durch die Worte Individualisirung und Substantiirung bezeichnet wird. Nach der einen Ansicht[1]) genügt die Bezeichnung desjenigen Rechtsverhältnisses, aus welchem der mit der Klage verfolgte Anspruch hervorgegangen ist, wenn die Bezeichnung nur so genau ist, daß die Individualität des erhobenen Anspruches erkennbar wird. Die andere Auffassung[2]) verlangt Substantiirung, d. h. die Anführung aller derjenigen Thatsachen, welche nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zur Begründung des erhobenen Anspruchs zu behaupten und im Bestreitungsfalle zu beweisen sind, also auch derjenigen Thatsachen, aus denen

[1]) Vertreten hauptsächlich von *Wach*.

[2]) Vertreten besonders von der „Begründung der CPO" S. 230 und vom *Reichsgericht* Bd. 10, 434; 11, 242.

Digitized by Google

das Rechtsverhältniß entstanden ist. Die Streitfrage hat wesentlich für Klagen aus absoluten Rechten praktische Bedeutung, da die Individualität der Forderungsrechte in der Regel von den Entstehungsthatsachen abhängt, während das dingliche Recht dasselbe ist, mag es durch Ersitzung, Gesetz oder Vertrag und im letzteren Falle durch diesen oder jenen Vertrag entstanden sein.

Die Individualisirungstheorie allein findet ihre Stütze im Gesetz, das Klagegrund und Grund des Anspruches in Gegensatz stellt zum „thatsächlichen Vorbringen" (§§ 331, 335 Nr. 3), letzteren Ausdruck aber in §§ 253, 690 vermeidet; ferner bezeichnet das Gesetz selbst als Klagegrund nur den Grund des Anspruchs, obwohl doch Grund des Anspruchs nur das Rechtsverhältniß sein kann, aus dem dieser entstanden, die Thatsachen aber, aus denen jenes entstanden, würden den Grund des Grundes des erhobenen Anspruches bilden. Daß nach § 331 ein Versäumnißurtheil nur dann erlassen werden kann, wenn dem Beklagten ein substantiirtes thatsächliches Vorbringen vorher durch Schriftsatz (nicht nothwendig Klageschrift) mitgetheilt worden ist (§ 335), ändert daran nichts, daß zur Prozeßgründung die Individualisirung genügt.

Die praktische Bedeutung des Gegensatzes besteht darin, daß nach § 268 CPO eine Aenderung des Klagegrundes nach der einen Ansicht nur dann vorliegt, wenn ein anderes Rechtsverhältniß, nach der andern Ansicht schon dann, wenn für dasselbe Rechtsverhältniß ein anderer Entstehungsgrund behauptet wird, und daß bei rechtskräftiger Abweisung der Klage nach der Substantiirungstheorie nur der auf die angeführte Entstehungsthatsache gegründete, nach der Individualisirungstheorie aber der Anspruch überhaupt verloren geht (§ 322).

Ist also nach der (auch hier vertretenen Individualisirungstheorie) Grund des erhobenen Anspruchs oder Klagegrund dasjenige Rechtsverhältniß, aus dem der mit der Klage geltend gemachte Anspruch hervorgeht, so ist z. B. bei den Eigenthumsklagen Klagegrund das klägerische Eigenthum, der erhobene Anspruch aber entweder die Vindikation oder die Negatoria.

Eine andere Frage ist die, ob es zweckmäßig ist, sich auf die Angabe des Anspruches und des ihm zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses zu beschränken. Denn da § 253

Digitized by Google

Abs. 4 auf die Klageschrift die allgemeinen Bestimmungen über die vorbereitenden Schriftsätze überträgt, so ist damit gleichzeitig bestimmt, daß die Klageschrift die zur Begründung der Anträge dienenden thatsächlichen Verhältnisse angeben soll (§ 130 Nr. 3). Derjenige Kläger, der diese instruktionelle Vorschrift nicht befolgt oder nicht vor der mündlichen Verhandlung durch Zustellung eines besonderen Schriftsatzes den Gegner auch auf sein thatsächliches Vorbringen vorbereitet hat, kann gegen den nichterschienenen Beklagten nicht den Erlaß des Versäumnißurtheils beantragen und muß sich auf Antrag des erschienenen Beklagten die Vertagung der Verhandlung gefallen lassen (§§ 335 Nr. 3, 132, 95); Nachtheile in der Sache selbst hat die Aufsparung substantiirten thatsächlichen Vorbringens für die mündliche Verhandlung aber nicht zur Folge (§ 129).

Gegenstand des Anspruches ist das, was der römische Civilprozeß mit intentio bezeichnete, d. h. die Rechtsbehauptung des Klägers. Er ist nicht identisch mit Gegenstand der Leistung, denn überall da, wo der Kläger vom Beklagten eine Leistung verlangt, ist diese selbst Gegenstand des Anspruchs. Da aber die bestimmte Angabe des Gegenstandes erforderlich ist, genügt es allerdings nicht, zu sagen: Ich verlange Erfüllung, Schadensersatz 2c., sondern es bedarf der Angabe des Leistungsgegenstandes. Bei Feststellungsklagen ist Gegenstand des Anspruches das Rechtsverhältniß, dessen Bestehen oder Nichtbestehen festgestellt werden soll.

Der Klageantrag ist der vom Kläger dem Gericht gemachte Urtheilsvorschlag (das sogen. petitum, die Klagbitte). Daraus folgt, daß er, wie das Gesetz verlangt, „bestimmt" sein muß. Denn sowie der Beklagte in die Lage gesetzt werden muß, sich vor dem Urtheile zu schützen, welches der Kläger verlangt, muß dem Gerichte die Möglichkeit gewährt werden, dem berechtigten Verlangen des Klägers durch ein verständliches und vollstreckbares Urtheil gerecht zu werden. Es genügt aber, daß der Kläger den Antrag stellt, ihm z. B. „angemessene" Entschädigung oder „standesmäßigen" Unterhalt zu gewähren, denn er ruft dabei das richterliche Ermessen an, das den offen gehaltenen Betrag ausfüllt.

Eine Ausnahme gilt für den Fall, daß der Kläger mit dem Antrage, den Beklagten zur Rechnungslegung, zur Vorlegung eines Vermögensverzeichnisses oder zur Ableistung

Digitized by Google

des Offenbarungseides zu verurtheilen, die Klage auf Herausgabe desjenigen verbindet, was der Beklagte aus dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse schuldet. Denn in diesem Falle kann sich der Kläger die bestimmte Angabe der Leistungen, die er verlangt, bis zur Mittheilung der Rechnung, der Vorlegung des Vermögensverzeichnisses oder der Leistung des Eides vorbehalten (§ 254) und auf diese Weise einen zweiten Prozeß vermeiden.

Der Kläger kann mehrere Anträge stellen. In diesem Falle bedarf es der Angabe des Verhältnisses, in welchem die Anträge zu einander stehen sollen. Dieses Verhältniß kann ein solches sein, daß das Gericht über den einen Antrag nur dann entscheiden soll, wenn es den andern Antrag für unbegründet hält (eventuelle Klagebitte), es kann aber auch ein solches sein, daß das Gericht über beide Anträge entscheiden, der Beklagte aber die Wahl haben soll, welche Leistung er machen will (alternativer Klageantrag).

Endlich muß aus dem Klageantrage hervorgehen, ob der Kläger Leistung oder ob er nur Feststellung verlangt (§ 256). Ueber den hierdurch bedingten Gegensatz wird § 72 gehandelt werden.

Während nach gemeinem Rechte und den diesem nachgebildeten Prozeßgesetzen der Richter die Klageschrift nicht bloß auf ihre formalen Erfordernisse, sondern auch auf ihre Schlüssigkeit prüfte und im Falle eines Mangels der ersteren Art ad emendandum zurückgab, im Falle eines Mangels der letzteren Art per decretum a limine abwies, fällt nach dem Grundsatze der Mündlichkeit eine Prüfung der Schlüssigkeit der Klageschrift nach jetzigem Rechte fort. Die vielumstrittene Frage, ob und was der Vorsitzende an der Klage zu prüfen habe, bevor er Termin ansetzt[1]), beantwortet sich einfach aus dem Zwecke derjenigen richterlichen Thätigkeit, welche der Kläger mit Einreichung der Klageschrift begehrt. Denn aus diesem Zwecke folgt, daß der Richter nur zu prüfen hat, ob auf Grund eines auf dieses Schriftstück gesetzten Terminsvermerkes eine mündliche Verhandlung stattfinden kann. Er hat also die Terminsanberaumung zu versagen, wenn er findet, daß der „Kläger" gar nicht die Absicht hat, einen Prozeß zu beginnen, sowie dann, wenn dem über-

[1]) Hierüber neuestens Weizsäcker in Ztschft. f. CP 27 S. 20 ff.

Digitized by Google

reichten Schriftsatze die Ladung fehlt. Gegen eine die Terminsanberaumung ablehnende Verfügung des Vorsitzenden steht dem Kläger die einfache Beschwerde zu. Ist die Terminsbestimmung gleichwohl erfolgt und die Zustellung des Schriftstückes geschehen, so ist doch nicht eine Klageschrift zugestellt, also eine Klage nicht erhoben. Die Folge ist, daß, wenn der Beklagte gleichwohl in dem festgesetzten Termine erscheint und den Mangel rügt, sowie dann, wenn er nicht erscheint und also dem mangelhaften Verfahren nicht zustimmt, das Begehren des Klägers — nicht die Klage — durch Urtheil abgewiesen werden muß (absolutio ab instantia). Denn dem Gericht fehlt es an einer anderen Form für die Erklärung, daß es seine Thätigkeit versage[1]). Doch gehören alle Formmängel der Klageerhebung zu den verzichtbaren Mängeln (§ 295 CPO, s. oben S. 176).

§ 68. Die Rechtshängigkeit.

Die Wirkungen der Prozeßbegründung sind theils civilrechtliche, theils prozeßrechtliche. Die letzteren faßt die CPO unter dem Begriffe Rechtshängigkeit zusammen (§ 263).

Rechtshängig ist ein Anspruch, wenn durch einen rechtsgültigen prozessualischen Akt die Verpflichtung des Gerichts begründet ist, über das Bestehen oder Nichtbestehen des Anspruchs durch Urtheil zu entscheiden.

Aus dem Vorhandensein dieser Verpflichtung folgt

1. die Unveränderlichkeit des einmal begründeten Prozeßrechtsverhältnisses;
2. die Unzulässigkeit, ein ferneres Prozeßverhältniß desselben Inhalts zu begründen.

I. Die Unveränderlichkeit des Prozeßrechtsverhältnisses.

Diese Unveränderlichkeit schließt 1. eine Aenderung der Prozeßsubjekte, 2. eine Aenderung des Gegenstandes des Prozeßrechtsverhältnisses aus.

1. Eine Aenderung der Prozeßsubjekte würde eintreten:

a) wenn das Gericht, b) wenn die Parteien wechselten.

[1]) Bestritten. Manche meinen, das Gericht könne sich passiv verhalten.

Digitized by Google

a) Durch rechtsgültige Begründung des Prozeßrechtsverhältnisses wird gerade *dasjenige* Gericht zur Entscheidung verpflichtet, bei welchem die Sache anhängig geworden ist. Aendern sich nach Eintritt der Rechtshängigkeit die Thatsachen, welche die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts begründeten, so bleibt das Gericht zuständig (§ 263[2] CPO). Aendert z. B. der Beklagte seinen Wohnsitz, so bleibt das angerufene Gericht örtlich, mindert sich nach der Klagezustellung der Werth des Streitgegenstandes, so bleibt das angerufene Gericht sachlich zuständig. Das gleiche gilt, wenn der Kläger seinen Anspruch unter die landgerichtliche Zuständigkeitsgrenze herab ermäßigt, nicht aber dann, wenn der Streitgegenstand über die amtsgerichtliche Zuständigkeitsgrenze hinaus erweitert wird (§§ 505, 506; s. oben S. 38, 39).

b) Der *Wechsel der Parteien* wird durch die §§ 265, 266 CPO grundsätzlich ausgeschlossen. Von einem Wechsel der Parteien kann aber in dem Falle *nicht* die Rede sein, wenn in Folge *Universalsuccession* an die Stelle *einer* prozeßführenden Person eine oder mehrere andere treten. Daher hat im Falle des Todes einer Partei die Gegenpartei sogar das Recht, die Aufnahme des durch den Tod einer Partei unterbrochenen Rechtsstreits von den Rechtsnachfolgern, welche durch Erbfolge in das schwebende Prozeßrechtsverhältniß eingetreten sind, zu verlangen (§ 239 CPO). Ein Wechsel der Prozeßsubjekte ist nur dann möglich, wenn im Wege der *besonderen Rechtsnachfolge* (sei es in Folge Willenserklärung oder Gesetz) der mit der Klage verfolgte Anspruch oder der mit der Klage verlangte Gegenstand zum Anspruche einer anderen Person oder zum Gegenstande des Rechtes einer anderen Person gemacht wird.

Die CPO faßt alle diese Fälle totaler oder partieller, translativer oder konstitutiver Rechtsbegründung in der Person eines Anderen unter dem Ausdruck „*Veräußerung*“ oder „*Abtretung*“ zusammen und läßt sie in § 265 in Uebereinstimmung mit dem preußischen und französischen, aber im Gegensatze zum bisherigen gemeinen Rechte, zu. Sie stellt damit einen privatrechtlichen Grundsatz auf und erkennt an, daß der Rechtsvorgänger das privatrechtliche Verfügungsrecht verliert. Sie nimmt zu ihm aber prozeßrechtlich Stellung, indem sie der Veräußerung oder Abtretung diejenige *prozessualische* Wirkung, von der sie an und für sich begleitet sein würde, nimmt, d. h. den Eintritt des Er-

Digitized by Google

werbers in den Prozeß an Stelle des Veräußerers verbietet. „Die Veräußerung oder Abtretung hat auf den Prozeß keinen Einfluß." „Der Rechtsnachfolger ist nicht berechtigt, den Prozeß als Hauptpartei an Stelle des Rechtsvorgängers zu übernehmen" (vgl. auch RG. 40,340).

Der Prozeß wird also zwischen denjenigen Personen, welche das Prozeßrechtsverhältniß begründet haben, zu Ende geführt, der Klageantrag bleibt derselbe, mit welchem der Anspruch rechtshängig geworden ist[1]), und der Einwand der mangelnden Sachlegitimation kann, von einem Ausnahmsfalle abgesehen (§ 265 Abs. 3), nicht erhoben werden.

Der Wechsel der Prozeßsubjekte wird indessen nur durch und daher nur für die Dauer der Rechtshängigkeit ausgeschlossen. Ist rechtskräftig entschieden und damit das Prozeßrechtsverhältniß gelöst, so steht dem Eintritt des Rechtsnachfolgers ein Hinderniß nicht mehr entgegen. Diesem Grundsatze trägt die CPO in folgender Weise Rechnung.

aa) Die Rechtskraft des Urtheils wirkt für und gegen Denjenigen, welcher nach der Prozeßbegründung Rechtsnachfolger einer der Parteien geworden oder die im Streite befangene Sache in solcher Weise erlangt hat, daß eine der Parteien oder ihr Rechtsnachfolger mittelbarer Besitzer der Sache geworden ist (§ 325).

Wird also die vom Cedenten erhobene Klage abgewiesen, so steht der vom Cessionar nochmals erhobenen Klage die Einrede der Rechtskraft entgegen. Ist der Besitzer einer Sache auf die Vindikation des Eigenthümers verurtheilt, so ist Derjenige, der die Sache während des Prozesses erworben hat, zur Herausgabe verpflichtet.

Ferner ist Derjenige auf Grund des Urtheils zur Herausgabe verpflichtet, der von einer Partei oder deren Rechtsnachfolger während der Dauer des Prozesses den Besitz z. B. als Pächter, Miether, Verwahrer in einer Weise erworben hat, daß die Partei oder deren Rechtsnachfolger mittelbarer Besitzer geworden ist.

Jener Grundsatz von der Wirkung der Rechtskraft erleidet jedoch eine Einschränkung durch diejenigen Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes, welche dem Rechtsnachfolger eine von dem Rechte des Rechtsvorgängers unabhängige Stellung

[1]) Doch kann der Antrag dahin geändert werden, der Beklagte solle verurtheilt werden, an den Cessionar zu zahlen.

Digitized by Google

einräumen. Denn wer durch Abtretung den cedirten Anspruch auch dann erwirbt, wenn der Cedent die Forderung thatsächlich nicht hatte (§ 1138 BGB), ist gegen Einreden des Schuldners ex persona cedentis gesichert; wer das Eigenthum auf Grund redlichen Glaubens vom Nichteigenthümer erworben hat (§§ 932 ff., vergl. auch §§ 1032, 1208, 1242, 2366 BGB), ist vor der Vindikation gesichert. Käme in diesen Fällen bloß deshalb, weil die Veräußerung sich während der Dauer eines diese Forderung oder diese Sache betreffenden Prozesses zugetragen hat, der Grundsatz des § 325 zur Anwendung, so würde dem Erwerber die Rechtsstellung, die ihm das bürgerliche Recht einräumt, durch einen Satz des Prozeßrechts entzogen. Durch § 325 Abs. 2 wird deshalb der Grundsatz der Wirksamkeit des Urtheils in diesen Fällen ausgeschlossen. Hat in einem solchen Falle der Kläger veräußert oder abgetreten, so kann ihm der Einwand der nunmehr mangelnden Sachlegitimation entgegengesetzt werden (§ 265 Abs. 3), weil die Fortführung des Prozesses gegen ihn selbst bis zu einem dem Beklagten günstigen Ergebnisse zwecklos wäre[1]). Hat der Beklagte in einem solchen Falle veräußert, so mag der Kläger die jetzt aussichtslose Klage zurücknehmen oder den Klageantrag auf das Interesse richten[2]).

bb) Die Zwangsvollstreckung aus dem unter den ursprünglichen Parteien ergangenen Urtheile kann sowohl für als gegen denjenigen, welcher während der Rechtshängigkeit erworben hat, gerichtet werden, wenn die Rechtsnachfolge oder das Besitzverhältniß bei Gericht offenkundig ist oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden kann. Die — auf Anordnung

---

[1]) Man denke an den Fall, daß der Wechselgläubiger gegen den Acceptanten klagt, letzterer eine dem Kläger gegenüber zulässige Einrede erhebt, Kläger darauf den Wechsel weiterbegiebt unter Umständen, welche die Einrede gegen den Indossatar unzulässig machen. Selbst wenn der Indossant mit der von ihm erhobenen Klage abgewiesen wird, wird der Indossatar mit der von ihm erhobenen Klage durchdringen. Der Beweis der Einrede in dem ersten Prozesse würde also nutzlos Zeit und Kosten vergeuden (Art. 82 WO).

[2]) Der Kläger vindicirt bewegliche Sachen. Während des Prozesses verkauft der Beklagte die Sachen an einen Gutgläubigen. Der Erwerber ist gesichert, also ist der Fortgang des Prozesses gegen den Veräußerer zwecklos.

Digitized by Google

des Vorsitzenden zu ertheilende — Vollstreckungsklausel wird auf den Namen des Rechtsnachfolgers gestellt. Denn die Vollstreckungsorgane dürfen Vollstreckungshandlungen nur gegen die im Urtheil oder der Vollstreckungsklausel bezeichneten Personen vornehmen (§§ 727, 730, 750 CPO).

Um den Grundsatz von der Unabänderlichkeit des Prozeßverhältnisses durchzuführen, hat die CPO. (265) noch

a) die Hauptintervention des Rechtsnachfolgers gegen die streitenden Parteien für unzulässig erklärt; der Rechtsnachfolger wäre andernfalls in der Lage, auf diesem Wege zu erreichen, was ihm im ersten Prozesse versagt ist;

b) im Falle einer Nebenintervention des Rechtsnachfolgers die Anwendbarkeit des § 69 CPO. ausgeschlossen. Denn der Nebenintervenient würde Streitgenosse werden (§ 325), also unabhängig vom Verhalten der Hauptpartei auf den Prozeß einwirken können und auf diesem Wege die Herrschaft über den Prozeß erlangen.

Der Grundsatz der Unzulässigkeit des Subjektwechsels erleidet eine Einschränkung durch den Willen der Gegenpartei oder die Natur des im Streite befangenen Rechtsverhältnisses:

α) Der Gegner kann dem Eintritt des Nachfolgers oder seiner Hauptintervention zustimmen; denn da die Entlassung der ursprünglichen Partei aus dem Prozeßverhältniß einen Verlust des prozessualischen Anspruches gegen diese Partei zur Folge hat, liegt die Fortsetzung des Prozesses gegenüber der ursprünglichen Partei ausschließlich im Interesse des Gegners.

β) Ist das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechts, welches für ein Grundstück in Anspruch genommen wird, oder einer Verpflichtung, welche auf einem Grundstücke ruhen soll, Gegenstand eines zwischen dem Besitzer des Grundstücks und einem Dritten anhängigen Rechtsstreits, so tritt die Person des Besitzers an Bedeutung hinter die Rechtsverhältnisse des Grundstückes zurück. Veräußert er das Grundstück, so ist der Rechtsnachfolger

a) berechtigt, selbst gegen den Willen des Gegners und

b) auf dessen Antrag verpflichtet, den Prozeß in der Lage, in der er sich befindet als Hauptpartei zu übernehmen (§ 266).

Digitized by Google

Hiernach wird der Eintritt des Rechtsnachfolgers thatsächlich verhindert, wenn entweder von keiner Seite das Verlangen nach diesem Eintritt erhoben oder wenn es wegen fehlenden Beweises der eingetretenen Rechtsnachfolge abgewiesen wird, so zwar daß der Prozeß unter den ursprünglichen Parteien mit Wirkung für und gegen den Rechtsnachfolger beendet wird; der Eintritt aber ist gesetzlich verhindert, wenn die Veräußerung nach bürgerlichem Rechte die Wirkung hat, daß die Berechtigung oder Verpflichtung auf den Erwerber des Grundstücks nicht übergeht (§ 266 BGB.), da auch in diesem Falle die vom Civilrecht gegebene günstige Rechtsstellung durch das Prozeßrecht genommen würde, der Prozeß also durch die weitreichenden Wirkungen der Veräußerung gegenstandslos und die Sachlegitimation hinfällig wird.

Der etwaige Streit über die Zulässigkeit oder Nothwendigkeit des Eintritts betrifft immer die Sachlegitimation, da es sich darum handelt, ob gerade diese Partei befugt ist, über die Rechte am Grundstücke zu verfügen. Das Urtheil also, das den Rechtsnachfolger mit seinem Begehren, in den Prozeß einzutreten, zurückweist, ist für ihn ein Endurtheil, dasjenige aber, das seinen Eintritt zuläßt, ein Zwischenurtheil, denn es entscheidet nur einen Zwischenstreit unter den Parteien.

Aus diesen Erörterungen folgt, daß da, wo allein der Wille des Gegners entscheidet (236), mit seinem Willen, und da, wo allein das Gesetz entscheidet (266), auch ohne den Willen des Gegners der Rechtsnachfolger in den Prozeß eintritt, also eine Succession in das Prozeßverhältniß stattfindet: der Nachfolger übernimmt den Prozeß in der Lage, in der er sich befindet, er kann also nur diejenigen Prozeßhandlungen vornehmen, die nach Lage des Prozesses noch zulässig sind, und nur solche, die nicht mit Handlungen seines Vorgängers im Widerspruch stehen.

2. Eine Aenderung des Prozeßgegenstandes wird herbeigeführt durch Aenderung der anhängig gemachten Klage (§ 264).

Was als Klageänderung anzusehen, bestimmt die CPO in negativer Fassung. Nach § 268 ist die Klage geändert,

a) in jedem Falle, wenn der Kläger seinen Anspruch aus einem andern Klagegrunde herleitet, mag der

Digitized by Google

Klageantrag ein anderer werden oder derselbe bleiben. Daher liegt eine Klageänderung dann vor, wenn der auf Herausgabe einer bestimmten Sache gerichtete Anspruch des Klägers zuerst auf Eigenthum, nachher auf einen Verwahrungsvertrag gestützt wird. Ergänzungen und Berichtigungen der thatsächlichen oder rechtlichen Ausführungen unter Wahrung des ursprünglichen Klagegrundes bilden daher keine Klageänderung, so wenn die Klage auf ein an bestimmtem Tage gegebenes Darlehn gestützt, später aber behauptet wird, das Darlehn sei durch Novation entstanden; wenn in der Kaufklage Preisabrede, später die Angemessenheit des Preises behauptet wird;

b) wenn der Klageantrag geändert wird. Geändert aber ist der Antrag dann nicht, wenn

aa) der Klageantrag in der Hauptsache oder in Bezug auf Nebenforderungen erweitert oder beschränkt wird; dieser Fall ist nicht bloß dann gegeben, wenn der neue Antrag sich von dem früheren Antrage im Quantum unterscheidet (RG. 14,427), sondern stets dann, wenn in dem Mehr das Weniger mitgefordert ist oder war;

bb) wenn statt des ursprünglich geforderten Gegenstandes wegen einer später eingetretenen Veränderung ein anderer Gegenstand oder das Interesse gefordert wird. Hier ist der Fall getroffen, daß der jetzt geforderte Gegenstand an die Stelle des ursprünglich verlangten tritt, es ist also der eigentliche Fall eines veränderten Klageantrages. Gleichwohl soll er ausnahmsweise durch das Verbot der Klageänderung nicht berührt werden, wenn die Aenderung des Antrages ohne Verschulden des Klägers geboten war d. i. wenn nach der Klageerhebung eine Aenderung eintrat oder, wie man sinngemäß hinzufügen muß (RG. 26,385), dem Kläger zur Kenntniß kam.

Will z. B. der Käufer während des Prozesses von der Wandlungs- zur Minderungsklage übergehen, so ändert er nicht den Klagegrund, sondern den Klagegegenstand; diese Aenderung ist aber dann zulässig, wenn in Folge eines nach der Rechtshängigkeit eingetretenen Umstandes die Wandelung nicht mehr stattfinden kann (vgl. §§ 467, 350—354 BGB).

Digitized by Google

α) Nicht jede Klageänderung ist unstatthaft. Vielmehr muß die Klageänderung zugelassen werden, wenn der Beklagte einwilligt. Die Einwilligung kann ausdrücklich erklärt werden; sie ist anzunehmen, wenn der Beklagte, ohne der Aenderung zu widersprechen, sich in einer mündlichen Verhandlung auf die geänderte Klage eingelassen hat (§§ 264, 269). Erhebt also der Beklagte nur eine prozeßhindernde Einrede, so hat er der Klageänderung ebensowenig zugestimmt, wie derjenige Beklagte, welcher in der mündlichen Verhandlung ausbleibt.

β) Die Klageänderung kann zugelassen werden, wenn durch sie die Vertheidigung des Beklagten nicht wesentlich erschwert wird (§ 264). Hierüber entscheidet das freie Ermessen des Gerichts. Mit dieser neuen, gegen Prozeßverschleppungen gerichteten, Bestimmung wird insbesondere der früher häufig erörterte Fall getroffen, daß die Aenderung der Klage durch die von dem Beklagten selbst aufgestellten Behauptungen veranlaßt wird (z. B. es wird geklagt auf Rückgabe in Verwahrung gegebener Werthpapiere, der Beklagte wendet ein, die Papiere seien ihm als Darlehn gegeben, und der Kläger ändert die Klage nunmehr dahin, daß er die als Darlehn gegebenen Papiere zurückfordert).

Eine gerichtliche Entscheidung ist nur dann nothwendig, wenn der Klageänderung widersprochen wird. Geht die Entscheidung dahin, daß eine Klageänderung nicht vorliege oder daß die allerdings eingetretene Aenderung zuzulassen sei, so ist sie unanfechtbar (§ 270), gleichviel ob sie in erster oder in zweiter Instanz, abgesondert oder zugleich mit dem Endurtheil getroffen wird und in letzterem Falle auch nur in den Gründen nebenbei erwähnt ist. Wird aber in den Erklärungen des Klägers eine unzulässige Klageänderung gefunden, so ist die geänderte Klage abzuweisen, während die ursprüngliche Klage durch die Aenderung zurückgenommen ist. Dieses abweisende Urtheil unterliegt wie jedes andere Urtheil gleichen Inhalts den sonst etwa zulässigen Rechtsmitteln.

II. Die Unzulässigkeit der ferneren Prozeßbegründung gleichen Inhalts ist keine absolute.

Dadurch, daß ein Prozeßverhältniß und damit der Anspruch auf Urtheil begründet ist, wird die Begründung eines

Digitized by Google

Prozeßverhältnisses gleichen Inhalts an sich nicht ausgeschlossen. Die Erhebung von zwei identischen Klagen zieht aber die Gefahr widersprechender Entscheidungen nach sich und bildet in jedem Falle eine zwecklose Inanspruchnahme der staatlichen Thätigkeit sowie eine schwere Benachtheiligung des Beklagten. Der CPO steht das private Interesse des Beklagten höher als das öffentliche Interesse, sie giebt es deshalb dem Beklagten in die Hand, durch Erhebung der Einrede der Rechtshängigkeit die Begründung eines Prozeßverhältnisses von gleichem Inhalte zu verhindern (§ 263 Nr. 1). Diese Einrede gehört zu den sogen. prozeßhindernden (§ 274 Nr. 4). Sie steht als Replik auch der Aufrechnungseinrede entgegen, wenn der Beklagte mit einem Anspruche aufrechnen will, der bereits in einem andern Prozesse rechtshängig ist. Sie ist begründet bei Identität der beiden Prozeßverhältnisse. Diese Identität ist dann vorhanden, wenn das Urtheil in dem einen Prozesse Rechtskraft schaffen würde für den Gegenstand des andern Prozesses.

§ 69. Die Unwirksamkeit des Prozeßbegründungsaktes.

Der Prozeßbegründungsakt ist unwirksam, wenn er für sich nicht im Stande ist, ein Prozeßrechtsverhältniß zu begründen, d. h. wenn eine Prozeßvoraussetzung fehlt.

Die Geltendmachung dieses Mangels wird von der CPO (§ 274) als prozeßhindernde Einrede bezeichnet, ein Wort, das, wie oben S. 182, 183 erklärt, jedenfalls dann nicht zutrifft, wenn der Beklagte nur darauf hinweist, daß es an einer im öffentlichen Interesse aufgestellten Prozeßvoraussetzung fehle.

Die CPO zählt die prozeßhindernden Einreden und damit die Prozeßvoraussetzungen auf. Diese Aufzählung ist zwar unvollständig, denn sie umfaßt nicht den Hinweis des Beklagten darauf, daß das ihm zugestellte Schriftstück keine Klage, oder die Mittheilung der Klageschrift an ihn keine Zustellung enthalte. Wenn das Gesetz gleichwohl sagt, als solche Einreden seien nur die nachstehend bezeichneten anzusehen, so hat es damit bestimmte Einreden, insbesondere die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache, die man als

Digitized by Google

prozeßhindernde vielfach bezeichnet hatte[1]), auszuschließen und das besondere auf Feststellung der Prozeßvoraussetzungen abzielende Vorverfahren auf die ausdrücklich als solche bezeichneten prozeßhindernden Einreden zu beschränken (vergl. RG 13, 331 u. a.).

Fehlt es nämlich an einer der besonders bezeichneten Prozeßvoraussetzungen, so kann der Beklagte, ohne Nachtheile in der Sache selbst befürchten zu müssen, die Einlassung zur Hauptsache, d. h. die Erklärung auf den Klageanspruch, verweigern. Thut er dies oder findet das Gericht die abgesonderte Verhandlung über die Prozeßvoraussetzungen von Amtswegen für zweckentsprechend, so wird nur über diese verhandelt. In diesem Falle muß aber auch durch Urtheil über das Vorhandensein der angezweifelten Voraussetzung entschieden werden.

Ist die prozeßhindernde Einrede begründet, so wird die Klage abgewiesen. Eines Zusatzes, der darauf hinwiese, daß nur eine absolutio ab instantia ausgesprochen wird („der Beklagte wird von der Klage entbunden", die Klage wird „angebrachtermaßen" abgewiesen), bedarf es nicht, da der Abweisungsgrund aus den Entscheidungsgründen erhellt, er wird aber durch die CPO auch nicht ausgeschlossen. Die Rechtskraft dieses Urtheils reicht nicht über das hinaus, was entschieden werden sollte, sie trifft also nicht den Klageanspruch, denn über das Dasein dieses Anspruches ist nicht entschieden. Dieses Urtheil ist ein Endurtheil und unterliegt also den gewöhnlichen Rechtsmitteln, ohne daß es einer besonderen Gesetzesbestimmung bedurfte.

Ist aber die prozeßhindernde Einrede unbegründet, so wird sie durch ein Zwischenurtheil (§ 303) verworfen. Dieses Zwischenurtheil gehört zu denjenigen, welche kraft positiver Vorschrift den gewöhnlichen Rechtsmitteln unterworfen worden sind (s. oben S. 94). Um der naheliegenden Möglichkeit einer Prozeßverschleppung vorzubeugen, kann das Gericht auf Antrag anordnen, daß zur Hauptsache zu verhandeln sei, obwohl das die Einrede verwerfende Urtheil noch nicht rechtskräftig ist. Geschieht dies, beharrt der Beklagte aber auf seiner Weigerung, so ist er säumig im Sinne der CPO (§§ 275, 331, 333).

[1]) Vergl. hierüber Wetzell: System des ordentlichen Civilprozesses. § 70.

Digitized by Google

Im Interesse der Prozeßbeschleunigung verlangt die CPO

1. daß prozeßhindernde Einreden gleichzeitig und vor der Verhandlung zur Hauptsache vorzubringen sind. Für diese Einreden also gilt das Präklusionsprinzip (s. oben S. 78). Demnach ist die nicht rechtzeitig vorgebrachte verzichtbare Einrede ausgeschlossen.

Von diesem Grundsatze bestehen mehrere Ausnahmen:

a) Die Einrede konnte nicht vor der Einlassung vorgebracht werden, was insbesondere dann der Fall ist, wenn sie erst nach der Verhandlung zur Sache entstanden ist. Diese Unmöglichkeit ist glaubhaft zu machen (§ 274 Abs. 3). Wird die Einrede in der höheren Instanz vorgebracht, so muß glaubhaft gemacht werden, daß die Partei ohne ihr Verschulden außer Stande war, die Einrede in erster Instanz geltend zu machen. War ein vermögensrechtlicher Anspruch geltend gemacht, für welchen ein ausschließlicher (z. B. der dingliche) Gerichtsstand begründet war, so hat die höhere Instanz die Zuständigkeit des Gerichts von Amtswegen überhaupt nicht mehr zu prüfen, und die Einrede der Unzuständigkeit kann nur vorgebracht werden, wenn glaubhaft gemacht wird, daß sie in erster Instanz nicht vorgebracht werden konnte (§ 528). Durch diese Bestimmungen wird die Möglichkeit, daß ein über den Anspruch erlassenes Urtheil erster Instanz auf Grund einer verzichtbaren prozeßhindernden Einrede aufgehoben wird, auf ein geringes Maß eingeschränkt.

b) Im amtsgerichtlichen Verfahren gilt das Präklusionsprinzip nur für die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts. Hält sich das Amtsgericht für sachlich unzuständig, so hat es den Beklagten vor der Verhandlung zur Hauptsache auf die Unzuständigkeit aufmerksam zu machen, damit die darauf gestützte Einrede rechtzeitig angebracht werden könne. Alle andern prozeßhindernden Einreden können nach einander und auch nach erfolgter Einlassung zur Hauptsache vorgebracht werden (§ 504). Das Gesetz kommt damit rechtsunkundigen Personen entgegen.

2. Das Gesetz läßt in einzelnen Fällen die Verweigerung der Einlassung nicht zu. Dies gilt

Digitized by Google

a) für das amtsgerichtliche Verfahren (§ 504 Abs. 3); denn hier ist die Gefahr verzögerlichen Verhaltens gegenüber klaren Ansprüchen besonders groß;
b) für das Verfahren vor dem Berufungs- oder Revisionsgerichte (§§ 528 Abs 2, 566), denn die erste Instanz bot Gelegenheit zur Erhebung prozeßhindernder Einreden;
c) im Urkunden- und Wechselprozesse (§ 594), denn diese Prozeßart gestattet keine Verzögerung zu Gunsten des Beklagten;
d) nach Verwerfung einer andern prozeßhindernden Einrede. Denn das Vorbringen der neuen Einrede widerspräche dem unter Nr. 1 erörterten Präklusionsprinzip. Daher greifen die dort besprochenen Ausnahmen auch hier Platz.

Die einzelnen prozeßhindernden Einreden sind (§ 274):

1. Die Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts. Darüber s. oben S. 49, 50.

2. Die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges. Darüber s. oben S. 64.

3. Die Einrede, daß die Entscheidung des Rechtsstreites durch Schiedsrichter zu erfolgen habe.

4. Die im vorigen § erörterte Einrede der Rechtshängigkeit.

5. Die Einrede der mangelnden Sicherheit für die Prozeßkosten. Diese Einrede besteht darin, daß der Kläger Ausländer und als solcher verpflichtet sei, Sicherheit dafür zu leisten, daß im Falle seines Unterliegens dem Beklagten die verauslagten Prozeßkosten erstattet werden (§§ 110 ff).

6. Die Einrede, daß die zur Erneuerung des Rechtsstreites erforderliche Erstattung der Kosten des früheren Verfahrens noch nicht erfolgt sei; sie setzt also voraus, daß eine frühere Klage desselben Klägers gegen denselben Beklagten zurückgenommen, durch Urtheil für zurückgenommen erklärt oder abgewiesen worden ist, und verlangt zu ihrer Begründung die Angabe der Höhe der in jenem Prozesse dem Beklagten entstandenen, vom Kläger zu erstattenden Kosten.

7. Die Einrede der mangelnden Parteifähigkeit, der mangelnden Prozeßfähigkeit oder der mangelnden gesetzlichen

Digitized by Google

Vertretung einer der beiden Parteien. Mit dieser Einrede darf die Einrede mangelnder Sachlegitimation, welche sich nicht gegen den prozessualischen, sondern gegen den privatrechtlichen Anspruch richtet, nicht verwechselt werden.

§ 70. Der Rücktritt vom Prozeßverhältniß.

Mit der Begründung des Prozeßverhältnisses entsteht der Anspruch des Klägers auf Verhandlung und Entscheidung der Sache. Auf diesen prozessualischen Anspruch kann der Kläger verzichten, indem er die Klage zurücknimmt. Es folgt hieraus, daß die Zurücknahme der Klage bis zur Entscheidung d. i. der rechtskräftigen Entscheidung möglich ist, gleichviel ob in der Sache schon ein Urtheil erlassen ist oder nicht. Erfolgt nun eine Zurücknahme der Klage in der Berufungs- oder Revisionsinstanz, so treten damit die bereits erlassenen Urtheile außer Kraft[1]), während die Zurücknahme des eingelegten Rechtsmittels unmittelbar die Rechtskraft des angefochtenen Urtheils zur Folge hat. Mit Eintritt der Rechtskraft des Urtheils ist das Prozeßverhältniß gelöst, der Anspruch auf Entscheidung erledigt, es kann also der Anspruch auf Entscheidung nicht mehr aufgegeben, die Klage nicht mehr zurückgenommen werden. Nur durch civilistisches Rechtsgeschäft kann der Kläger die ihm durch das rechtskräftige Urtheil gewährte privatrechtliche Rechtsstellung aufgeben (z. B. durch Erlaß, Stundung, Zwangsvergleich, Rückübertragung des anerkannten Eigenthums), er giebt damit selbstverständlich die prozessualischen Vortheile der Rechtskraft (Vollstreckbarkeit) auf, und macht er diese dennoch gegen den Beklagten geltend, so kann gegen ihn aus § 767 CPO Klage erhoben werden.

Der Anspruch auf richterliche Entscheidung steht bis zum Beginne der mündlichen Verhandlung des Beklagten dem Kläger allein zu. Mit diesem Zeitpunkte erlangt auch der Beklagte Anspruch auf Entscheidung, die Klage kann deshalb von jetzt ab nur mit Einwilligung des Beklagten zurückgenommen werden, denn in dieser Einwilligung liegt der Verzicht des Beklagten auf seinen Anspruch. Der kritische

[1]) Nicht ganz zutreffend RG. 5,353.

Digitized by Google

Zeitpunkt tritt aber nicht mit dem Aufruf der Sache, nicht mit der Verlesung der Anträge, sondern erst mit dem Beginn der Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache ein, da die Erhebung einer prozeßhindernden Einrede die Behauptung enthält, daß ein Prozeßverhältniß nicht begründet sei, der Kläger also eine Entscheidung über den Klageanspruch nicht verlangen dürfe. Die Frage, ob einseitige Rücknahme noch zulässig, kann zu einem Zwischenstreit führen.

Die Zurücknahme der Klage ist ein Rechtsgeschäft des Prozeßrechtes, es kann sie also nur ein prozeßfähiger Kläger oder der gehörig legitimirte gesetzliche Vertreter, ferner der hierzu Ermächtigte erklären. Das Gericht hat die Berechtigung zur Rücknahme von Amtswegen zu prüfen (§ 56 CPO). In der Prozeßvollmacht ist die Befugniß der Klagerücknahme enthalten (§§ 81, 88 CPO).

Die Form für die Zurücknahme ist entweder die Erklärung in der mündlichen Verhandlung oder die Zustellung eines Schriftsatzes. Die mündliche, zu protokollirende, Erklärung ist von der Anwesenheit des Beklagten unabhängig, und der Schriftsatz, von dem Abschrift sofort auf der Gerichtsschreiberei niedergelegt werden soll[1]), gehört zu den bestimmenden.

Die Wirkungen der Zurücknahme bestehen

1. in der Aufhebung der Rechtshängigkeit und damit in der Wiederbeseitigung sämmtlicher civilrechtlicher wie prozeßrechtlicher Folgen der Rechtshängigkeit. Es kann daher kein Theil mehr Urtheil begehren, denn das Prozeßverhältniß ist gelöst;

2. in der Verpflichtung des Klägers, die Prozeßkosten zu tragen. Diese Verpflichtung ist auf Antrag des Beklagten durch Urtheil auszusprechen. Der Beklagte verschafft sich dadurch den für das Kostenfestsetzungsverfahren erforderlichen Titel[2]).

3. in der Schaffung einer prozeßhindernden Einrede, falls Kläger vor Erhebung einer neuen Klage die Kosten nicht erstattet (§ 276 Nr. 6).

---

[1]) „Ist" sagt § 271, aber die Vorschrift ist gleichwohl nur instruktionell.

[2]) Ob die freiwillige Uebernahme der Kosten Vergleich ist, vgl. RG. 20,414.

Digitized by Google

Die Zurücknahme der Klage wird häufig durch den Vergleich bethätigt. Regelmäßig hat dieser Vergleich das im Streite befangene Privatrechtsverhältniß zum Gegenstande; insoweit interessirt er hier nicht. Häufig hat er nur das Prozeßrechtsverhältniß zum Gegenstande, d. h. die Parteien erklären ihr Einverständniß nur dahin, daß dieser Prozeß erledigt sein solle. Diese Folge tritt denn auch von selbst und unbedingt mit der dem Gericht gegenüber abgegebenen Erklärung der Parteien ein, daß sie sich verglichen haben und also nicht mehr streiten wollen. Die weitere Folge ist die, daß, wenn die Parteien vom Vergleiche zurücktreten und gerichtliche Entscheidung des neuerwachten Streites begehren, es einer neuen Prozeßbegründung bedarf.

Etwas anderes ist der Verzicht auf den Klageanspruch. Denn er betrifft nicht den prozessualischen Anspruch auf Urtheil, sondern den privatrechtlichen Anspruch auf ein günstiges Urtheil. Da er dem Kläger dasjenige Recht nimmt, das dieser in der Klage behauptet, muß auf Antrag des Beklagten die Abweisung nicht bloß der Klagehandlung (absol. ab instantia), sondern die Abweisung des Klageanspruches erfolgen (§ 306), ein Urtheil, das natürlich der Erhebung desselben materiellrechtlichen Anspruches entgegensteht.

§ 71. β. Die Prozeßerledigung.

Die natürliche Prozeßerledigung ist das Urtheil. Daher sind alle diejenigen Handlungen, welche dieses Ziel herbeiführen wollen, Akte des Prozeßbetriebes.

Wie weit der Prozeßbetrieb Sache der Parteien oder des Gerichtes ist, wurde oben (§ 62 S. 208 ff.) erörtert. Hervorzuheben bleibt, daß der Prozeßerledigung in dem Prozeßstillstand ein von den Parteien nicht gewünschtes Hinderniß entstehen kann (S. 137, 138).

Die wichtigste Prozeßerledigungshandlung ist die mündliche Verhandlung. Denn sie, die Prozeßverhandlung, giebt dem Gerichte die Möglichkeit, ein dem Rechtsschutzbedürfnisse entsprechendes Urtheil zu erlassen.

bb) Die Prozeßverhandlung.

§ 72. Allgemeines.

Die Prozeßverhandlung ist das nächste Ziel des Prozeßbetriebes, denn sie führt unmittelbar zum Urtheil. Prozeß-

Digitized by Google

verhandlung ist diejenige Thätigkeit der Parteien, welche dem Richter die thatsächliche Grundlage für den von ihm zu gewährenden Rechtsschutz bietet. Hieraus folgt, daß die Prozeßverhandlung besteht

1) in dem Vorbringen bestimmter Anträge d. h. in Willenserklärungen; denn der Richter muß wissen, zu welchem Zwecke er angerufen ist, welcher Art der Rechtsschutz sein soll, den er durch sein Urtheil gewähren soll. Daraus folgt, daß die von den Parteien gestellten Anträge (s. oben S. 156) Urtheilsvorschläge sind, welche die Partei dem Richter macht. Beantragt der Kläger, den Beklagten zur Zahlung von 580 M. zu verurtheilen, so erfährt der Richter, daß das Rechtsschutzinteresse des Klägers darin besteht, vom Beklagten die angegebene Summe zu erhalten; setzt diesem Antrage der Beklagte das Begehren entgegen, der Richter solle den Beklagten verurtheilen, nur gegen Empfang von zwei Fässern bestimmt gearteten Rothweins 580 M. zu zahlen, so erfährt der Richter, daß das Rechtsschutzinteresse des Beklagten darin besteht, daß der Kläger den Vertrag, dessen Erfüllung er begehrt, seinerseits erfülle. Der Richter ist nunmehr in der Lage, alles spätere Vorbringen der Parteien unter dem Gesichtspunkte zu prüfen, ob es diese Anträge zu rechtfertigen im Stande ist. Daher die Gesetzesvorschrift (§ 137 CPO), daß die mündliche Verhandlung durch Stellung der Anträge eingeleitet werde.

Aus der Natur des Antrages als einer Willenserklärung der Partei folgt, daß der Richter der Partei nicht mehr zusprechen darf, als sie selbst verlangt (§ 308). Der Satz ne eat judex ultra petita partium gehörte demnach zu denjenigen, mit welchen man die sogen. Dispositionsmaxime zu charakterisiren pflegte, und sicher ist, daß das Gebot nur die Herrschaft des Parteiwillens beabsichtigt. Der Antrag giebt daher immer die Grenze an, bis zu welcher der Richter mit seiner Rechtsschutzgewährung gehen kann, aber er bindet den Richter nicht: für diesen ist nur der Inhalt, nicht die Form des Antrages maßgebend.

2) Die Prozeßverhandlung besteht ferner in Thatsachenmittheilungen der Partei gegenüber dem Richter. Denn dieser muß erfahren, ob die Parteien ein Interesse an der Gewährung von Rechtsschutz überhaupt und ob sie ein Recht auf Gewährung gerade dieses Rechtsschutzes haben: es müssen m. a. W. die thatsächlichen Rechtsschutzbedingungen

Digitized by Google

dargethan werden. Wer den Antrag stellt, der Richter möge den Beklagten zur Auflassung eines bestimmten Grundstückes verurtheilen, muß darthun, daß ein Rechtsverhältniß besteht, welches den Beklagten zur sofortigen Auflassung verpflichtet, und wer behauptet, daß diese Pflicht erloschen oder erst später zu erfüllen sei, muß dem Richter die Thatsachen mittheilen, die diese Ansicht rechtfertigen. Es handelt sich also um die Mittheilung der im gegebenen Falle rechtserheblichen Thatsachen[1]). Diese Thatsachen müssen zunächst behauptet und, soweit sie nicht feststehen, bewiesen werden. Daher zerfällt dieser Theil der Prozeßverhandlung in zwei grundsätzlich verschiedene Parteithätigkeiten, nämlich in die Behauptungen und die Beweise.

Ein großer Theil der Parteierklärungen besteht in Rechtsbehauptungen. Es ist bekannt, daß der mittelalterlich-deutsche Prozeß sich fast ausschließlich, das Verfahren in jure zum großen Theile in bloßen Rechtsbehauptungen bewegte und daß diese Behauptungen den unmittelbaren Gegenstand des Beweises, insbesondere der Eidesleistung, bildeten[2]). Dadurch, daß im heutigen Prozesse jede Rechtsbehauptung, sofern sie vom Gegner angefochten wird, in die Behauptung derjenigen einzelnen Thatsachen aufgelöst werden muß, welche das behauptete Recht nach Ansicht der Partei haben zur Entstehung kommen lassen, ist zwar die Stellung der Partei gegenüber dem Richter eine weniger selbständige geworden, Rechtsbehauptungen treten uns gleichwohl überall da entgegen, wo die Partei vom Richter die Anerkennung einer ihr zustehenden privat- oder prozeßrechtlichen Befugniß verlangt. Mithin enthält jede Klage eine Rechtsbehauptung, und auch der Beklagte stellt eine Rechtsbehauptung auf, wenn er dem Klageanspruche ein selbständiges Recht entgegensetzt.

Jede Rechtsbehauptung stellt sich als das Ergebniß einer logischen Schlußfolgerung dar. Denn da jedes subjektive Recht eine vom objektiven Recht eingeräumte Macht ist, bildet das objektive Recht die allgemeine Voraussetzung für das behauptete subjektive Recht, also den Obersatz. Die Thatsachen, welche im gegebenen Falle die Befugniß haben

[1]) S. mein bürgerliches Recht Deutschlands. 2. Aufl. S. 93.
[2]) Mein mittelalterlich-deutscher Civilprozeß. 1890. S. 42 ff. und mein römischer Civilprozeß. 1891 § 65 S. 107 ff.

Digitized by Google

entstehen lassen, bilden die besondere Voraussetzung des subjektiven Rechts, also den Untersatz. Als Folge ergiebt sich das Dasein desjenigen Rechtes, dessen Anerkennung die Partei begehrt. Keineswegs aber fällt die Rechtsbehauptung mit dem zusammen, was oben als Antrag bezeichnet worden ist: dem Antrage liegt eine Rechtsbehauptung zu Grunde. Tritt also der Kläger mit der Behauptung auf, er habe dem Beklagten ein Darlehn gegeben und alsdann gekündigt, und knüpft er hieran den Antrag, der Richter solle den Beklagten zur Rückzahlung des Darlehns verurtheilen, so liegt in seinen Erklärungen erstens die Bezugnahme auf den Rechtssatz, daß die Darlehnshingabe den Empfänger zur Rückzahlung verpflichtet, als den hier entscheidenden Obersatz, ferner die Angabe der Thatsachen, an welche jener Rechtssatz das Vorhandensein des klägerischen Rückforderungsrechtes knüpft, als Untersatz, und zuletzt die Schlußfolgerung, daß hiernach der Beklagte zur Zahlung verpflichtet sei. Nur weil diese Pflicht des Beklagten besteht, stellt der Kläger gegenüber dem Gerichte den Antrag auf Verurtheilung.

Der Obersatz braucht nicht ausdrücklich angegeben zu werden. Man pflegt dies durch den Satz: jura novit curia auszudrücken. In der That ist rechtsgelehrten Richtern gegenüber die Anführung der Rechtssätze, welche die Partei als maßgebend ansieht, schon aus dem Grunde nicht angebracht, weil es nicht darauf ankommt, daß der, sondern daß ein Rechtssatz die Rechtsbehauptung stützt. Dadurch wird natürlich da, wo der angerufene Rechtssatz nur durch eine eingehende wissenschaftliche Geistesarbeit entwickelt werden kann, der Nutzen einer Rechtsausführung (einer sogen. rechtlichen Deduktion), welche den Richter wissenschaftlich zu überzeugen sucht, nicht beeinflußt. Als nothwendig kann sich die Anführung der Rechtssätze dann herausstellen, wenn diese dem partikularen Gewohnheitsrecht oder dem ausländischen Recht angehören (§ 293 CPO).

§ 73. Der Klagevortrag.

Dem Klagevortrage kommt eine andere Bedeutung zu als der Klageschrift. Während diese als bestimmender Schriftsatz den Beklagten damit bekannt macht, welchen Anspruch der Kläger zu haben behauptet, und wie er ihn zu begründen gedenkt, wendet der Klagevortrag als Theil der mündlichen

Digitized by Google

Verhandlung sich an den Richter. Das Verbot der Klageänderung führt jedoch zu einer wesentlichen Gleichheit des Klagevortrages und der Klageschrift. Während aber nach der hier vertretenen Individualisirungstheorie die Klageschrift als Grund des erhobenen Anspruches nur das Rechtsverhältniß anzugeben braucht, aus welchem jener Anspruch entstanden ist, muß der Klagevortrag ein substantiirter sein. Es folgt dies daraus, daß nach neuem Prozeßrecht der Richter zu prüfen hat, ob die angeführten Thatsachen die Rechtsbehauptung des Klägers rechtfertigen. Mangelhafte Begründung der Klage führt also für den Kläger die Gefahr der Klageabweisung herbei.

Durch die Klage bezweckt der Kläger ein Urtheil, das eine ihm günstige positive Feststellung enthält. Diese Feststellung soll entweder

a) dahin gehen, daß dem Kläger gegenüber dem Beklagten eine privatrechtlich vortheilhafte Stellung zukomme, sei es, daß er einen schon jetzt befriedigungsbedürftigen Anspruch (z. B. auf Zahlung einer Geldsumme, Herausgabe einer Sache, Bewilligung einer Grundbucheintragung) geltend macht, oder daß er z. B. die Anerkennung verlangt, daß das Pfandrecht oder Besitzrecht des Klägers besser sei als das des Beklagten, oder daß er das Kind des Beklagten sei, oder daß die für ihn unerträglich gewordene Ehe scheidungsreif sei. Eine solche vortheilhafte Stellung muß sich stets als Ausfluß eines dem Kläger zustehenden Rechtes darstellen;

b) die verlangte Feststellung kann auch dahin gehen, daß der Kläger von einer Verpflichtung, die der Beklagte behauptet oder behaupten könnte, frei sei, z. B. daß er nicht verpflichtet sei, an den Beklagten fortan Unterhaltsbeiträge zu zahlen oder daß er nicht die Pflicht habe, die Zuführung von Schmutzwässern aus der Fabrik des Beklagten zu dulden. Handelt es sich dabei darum, ein Recht darzuthun, das mit dem vermeintlichen Rechte des Beklagten im Widerspruche steht, so ist die Klage schon aus diesem dem Privatrecht angehörenden Grunde eine Rechtsbehauptung. Aber auch wenn der Kläger nicht selbst eine privatrechtliche Befugniß behauptet, so kann er zu jener Feststellung, wie unten dargethan werden wird, nur durch den Nachweis eines prozessualischen Rechtes auf diese Feststellung gelangen. Immer also muß der Kläger von einem — privat- oder prozeßrechtlichen — Rechtssatze ausgehen und diejenigen

Digitized by Google

Thatsachen darlegen, die ihm jenes private oder prozessualische Recht geben.

An diese Behauptung schließt sich als Folge der in der Klageschrift angekündigte Klageantrag.

Sowohl die Rechtsbehauptung als auch der Klageantrag richten sich nach dem Rechtsschutzbedürfnisse des Klägers, denn nur soweit dieses Bedürfniß reicht, besteht ein Rechtsschutzinteresse und also ein Recht auf Gewährung von Rechtsschutz. Daß ein Rechtsschutzbedürfniß überall da gegeben ist, wo dem Kläger ein befriedigungsbedürftiger Privatrechtsanspruch zusteht, leuchtet ohne weiteres ein. Denn wenn der Kläger in der mündlichen Verhandlung vom 7. Mai 1900 behauptet, daß der Beklagte ihm den am 1. April 1900 fällig gewordenen Pachtzins schulde, oder, daß der Beklagte sich durch den Kaufvertrag vom 24. Februar 1900 verpflichtet habe, die auf dem verkauften Grundstücke lastende Hypothek binnen vier Wochen zur Löschung zu bringen, so ist — immer nach der Behauptung des Klägers — ein Zustand des Unrechts eingetreten, den der Kläger nicht länger zu dulden braucht: er muß sobald als möglich ein Urtheil erlangen, um gegebenen Falles im Wege der Zwangsvollstreckung jenen Zustand zu beseitigen. Mit dem Vorhandensein eines Privatrechtes ist in diesem Falle also das Rechtsschutzinteresse von selbst gegeben. Ob und wenn ein den Kläger verletzender, auch nur objektiv rechtswidriger Zustand vorhanden ist, kann nur nach der Natur desjenigen Rechtes beurtheilt werden, das der Kläger behauptet. Relative Rechte verlangen grundsätzlich sofortige Befriedigung (quod sine die debetur, statim debetur. § 271 BGB). Absolute Rechte erzeugen einen gegen eine bestimmte Person gerichteten Anspruch und damit die Möglichkeit der Geltendmachung durch Klage überhaupt erst, wenn sie verletzt werden.

Ein Rechtsschutzbedürfniß aber ist dann nicht von selbst gegeben, wenn der Kläger zwar ein Recht, aber zugleich einen Umstand behauptet, aus dem hervorgeht, daß dieses Recht nicht oder noch nicht befriedigungsbedürftig sei, oder wenn der Kläger behauptet, daß ein gewisses Recht nicht bestehe. Denn da die Staatsorgane nicht zu dem Zwecke eingesetzt sind, dem Wunsche nach akademischer Erörterung von Rechtsfragen zu willfahren, da ferner das Publikum vor der Gefahr, mit unnöthigen Prozessen behelligt zu werden, möglichst geschützt werden soll, in jenen Fällen aber nicht von

Digitized by Google

vornherein klar ist, welchem praktischen Zwecke die Anrufung der Staatshülfe dienen soll, so stellt das Gesetz als Rechtsschutzbedingung den Nachweis *besonderer* Umstände auf, aus denen das *rechtliche* Interesse des Klägers an einem solchen Urtheile erhellt, das *nur* eine Rechtsfeststellung enthält und also zur Zwangsvollstreckung nicht benutzt werden kann. Die Zulässigkeit solcher Klagen ist keineswegs eine Erfindung der CPO, dieses Gesetz hat nur das Verdienst, jene Rechtsschutzbedingung festgesetzt zu haben.

Der hier erörterte Gegensatz hat zu der Unterscheidung von Leistungs- (Verurtheilungs-, Anspruchs-) und Feststellungsklagen geführt.

I. Die *Leistungsklage* will die *Befriedigung* des klägerischen Rechtes herbeiführen und erstrebt daher ein Urtheil, das entweder selbst die Befriedigung dieses Rechtes herbeiführt (z. B. eine Ehe scheidet) oder dem Beklagten eine Leistung auferlegt und dem Kläger die Möglichkeit gewährt, die Leistung im Wege der *Zwangsvollstreckung* zu erlangen: *die Leistungsklage will einen vollstreckbaren Schuldtitel erzielen.* Daß sie dies nur auf dem Wege erreichen kann, daß der Richter das Vorhandensein des befriedigungsbedürftigen Anspruches *feststellt*, ist selbstverständlich, aber diese Feststellung allein ist nicht Ziel des klägerischen Rechtsschutzbedürfnisses. Wenn daher bei der rei vindicatio (§ 985 BGB) Klageantrag und Urtheil lauten: Der Beklagte solle das Eigenthum des Klägers an der Waldparzelle M anerkennen und sie dem Kläger herausgeben, so hat der eine Feststellung enthaltende erste Theil der Urtheilsformel neben dem zweiten, die Leistung gebietenden, keine selbständige Bedeutung und kann füglich wegbleiben, da sich jene Feststellung aus den Entscheidungsgründen ergiebt.

Voraussetzung der Leistungsklage ist ein befriedigungsbedürftiger Anspruch. Befriedigungsbedürftig ist an sich aber nur derjenige Anspruch, der gegenwärtig fällig ist. Die früher viel besprochene Frage, ob künftig *fällig* werdende und künftig *entstehende* Ansprüche im Wege der Feststellungs- oder dem der Leistungsklage geltend zu machen sind, ist durch die Nov. z. CPO (§§ 257—259) dahin entschieden, daß künftig *fällig* werdende Ansprüche Gegenstand einer Leistungsklage sein können. Es kann nämlich ein vollstreckbares Urtheil erlassen werden

Digitized by Google

a) ohne weiteres auf Klagen, welche
   aa) eine an bestimmtem Kalendertage fällige, von einer Gegenleistung nicht abhängige Geldforderung,
   bb) einen an bestimmtem Kalendertage fälligen Anspruch auf Räumung eines Grundstücks, einer Wohnung oder eines anderen Raumes (§ 257),
   cc) den Anspruch auf später fällig werdende wiederkehrende Leistungen (§ 258) geltend machen, und zwar in der Weise, daß dem Beklagten die künftige Leistung auferlegt wird und die Zwangsvollstreckung erst mit Eintritt der Fälligkeit betrieben werden kann,

b) unter Voraussetzung des besonderen Nachweises, daß die Besorgniß gerechtfertigt sei, der Beklagte werde sich der rechtzeitigen Leistung entziehen, auf Klagen, welche Ansprüche auf andere künftig fällig werdende Leistungen geltend machen (§ 259).

Ansprüche, die künftig entstehen können, geben Anlaß höchstens zu einer Sicherung im Wege des Feststellungsurtheiles oder des Arrestes oder einstweiliger Verfügung.

II. Die Feststellungsklage will nicht die Befriedigung, sondern diejenige Gewißheit herbeiführen, welche in der Feststellung durch richterliches Urtheil liegt; sie strebt deshalb nicht die Herstellung eines vollstreckbaren Schuldtitels an, sondern begnügt sich mit der bloßen Feststellung. Auf die Worte des Klageantrages kommt es nicht an: will der Kläger, daß der Beklagte seine Vatereigenschaft zum Kläger, die Nichtigkeit eines bestimmten Rechtsgeschäftes „anerkenne", so erhebt er nur eine Feststellungsklage, denn diese Anerkennung ist keine rechtsbegründende Willenserklärung, wird aber die Abgabe einer Willenserklärung verlangt, z. B. die Auflassungserklärung, die Löschungsbewilligung, so wird eine Leistungsklage erhoben, denn die Willenserklärung ist eine Leistung.

Das die Leistungs- von der Feststellungsklage unterscheidende Merkmal ist also die Vollstreckbarkeit oder Nichtvollstreckbarkeit des der Klage entsprechenden Urtheils.

Der Zweck der Feststellungsklage ist Herstellung von Rechtsgewißheit, die künftiger Rechtsverletzung begegnen soll; denn die Feststellung giebt für die Parteien einen Beweggrund für künftiges Verhalten oder macht ein dem

Digitized by Google

festgestellten Rechte nicht entsprechendes Verhalten unschädlich. Steht durch Urtheil fest, daß der Kläger berechtigt ist, durch das Gehöft des Beklagten zu fahren, so wird dieser sich regelmäßig hüten, dem Kläger bei der Ausübung seines Rechtes Hindernisse in den Weg zu legen, und steht fest, daß dem Beklagten aus dem Gesellschaftsverhältnisse mit dem Kläger keinerlei Rechte mehr zustehen, so kann dem Kläger eine spätere widersprechende Behauptung des Beklagten gleichgültig sein. Die Folge ist, daß die Feststellungsklage entweder eine spätere Rechtsverfolgung des Klägers sichern oder erleichtern oder dem Beklagten die Möglichkeit entziehen oder schmälern will, gegen den Kläger vermeintliche Rechte geltend zu machen. In jener Richtung behauptet sie einen dem Kläger, in dieser leugnet sie einen dem Beklagten günstigen Rechtszustand. Man theilt deshalb ein in affirmative und negative Feststellungsklagen.

Diese Gedanken haben dazu geführt, Feststellungsklagen zuzulassen nicht nur zu dem Zwecke, das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses sondern auch zu dem Zwecke, die Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde festzustellen. Denn wird die Echtheit einer Urkunde angezweifelt, so besteht die Gefahr, daß in einem späteren Prozesse die Echtheit nicht oder nur schwer zu beweisen sein oder daß der durch die Urkunde Benachtheiligte ein rechtswidriges Verhalten beginnen werde, und wenn der die Unechtheit Behauptende Grund zu der Besorgniß hat, daß aus der Urkunde einst gegen ihn Rechte hergeleitet werden könnten, so besteht für ihn ein gefahrdrohender Zustand. Die affirmative Feststellungsklage ist danach auf Feststellung des Bestehens eines Rechtsverhältnisses oder der Echtheit einer Urkunde, die negative Feststellungsklage auf Feststellung des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses oder der Unechtheit einer Urkunde gerichtet (§ 256). Immer aber verlangt der Kläger den positiven Ausspruch, daß das Recht besteht oder nicht besteht, die Urkunde echt oder unecht ist.

Rechtsschutzbedingung für alle Feststellungsklagen ist ein rechtliches Interesse an alsbaldiger Feststellung (§ 256). An die Auslegung dieser Worte knüpft sich eine sehr reiche Literatur und Judikatur. Das Gesetz will weder eine engherzige Pressung des Wortes „Interesse", noch will es eine schrankenlose Zulassung unnöthiger Fest-

Digitized by Google

stellungsprozesse. Es verlangt daher auf der einen Seite nichts weiter, als daß der Kläger ein, d. h. irgend ein rechtliches Interesse, also ein Interesse daran habe, zu wissen, welches Verhalten er betreffs eines bestimmten Rechtsverhältnisses zu beobachten hat; denn die Norm für sein Verhalten folgt aus dem Feststellungsurtheile von selbst. Das Gesetz verlangt auf der anderen Seite aber ein rechtliches Interesse an alsbaldiger Feststellung. Hieraus folgt, daß die Umstände so liegen müssen, daß ohne Gefahr für eine Beeinträchtigung der klägerischen Rechtsstellung mit der Feststellung nicht gewartet werden kann, bis der Kläger in der Lage sein wird, die Leistungsklage zu erheben, daß aber auch die reine Feststellung unzulässig ist, wenn der Erhebung der Leistungsklage kein Hinderniß im Wege steht. Mit Recht hat man daher als genügendes Interesse an Erhebung der negativen Feststellungsklage die Thatsache angesehen, daß der Beklagte sich eines Rechtes gegen den Kläger rühmt. Die negative Feststellungsklage ist somit an Stelle der beseitigten provocatio ex lege diffamari getreten.

Aus diesen Ausführungen geht ohne weiteres hervor, daß die Feststellungsklage ein besonderes Rechtsschutzbedürfniß voraussetzt, daß aber dieses besondere Bedürfniß nach bloßer Feststellung keine Prozeßvoraussetzung, sondern eine Rechtsschutzbedingung bildet. Selbstverständlich entsteht mit der Erhebung einer unbegründeten Feststellungsklage ein Prozeßverhältniß so gut wie mit der Erhebung einer unbegründeten Leistungsklage; aber es kann kein dem Kläger günstiges Urtheil gefällt werden, wenn er nicht außer dem materiellen Rechtsgrunde der Klage noch die besondere Rechtsschutzbedingung der Feststellungsklage nachweist. Es ist ferner klar, daß das Vorhandensein dieses besonderen Interesses dem Kläger einen prozessualischen Anspruch auf Feststellung giebt. Denn die materiellrechtliche Rechtsbehauptung des Klägers kann vollkommen begründet, das Verlangen nach einem bloßen Feststellungsurtheil aber unbegründet sein.

Hieraus folgt:

1) Mit der affirmativen Feststellungsklage dringt der Kläger nur dann durch, wenn er zuerst die besondere Rechtsschutzbedingung für ein Feststellungsurtheil und dann erst das Dasein des Privatrechtsverhältnisses darthut, dessen Feststellung er verlangt.

Digitized by Google

2) Mit der negativen Feststellungsklage aber dringt der Kläger schon dann durch, wenn er nur das besondere (prozessualische) Rechtsschutzinteresse nachweist. Fehlt es an diesem, so wird die Klage ohne weiteres abgewiesen. Ist es vorhanden, so ist es nun Sache des Beklagten, das Dasein des vom Kläger geleugneten Rechtsverhältnisses darzuthun[1]).

Eine besondere Art der Feststellungsklage ist die Zwischenfeststellungs- (Incidentfeststellungs-) Klage. Eine solche setzt immer das Vorhandensein eines einen andern Gegenstand betreffenden Prozesses voraus und kann in diesem Prozesse vom Kläger dadurch erhoben werden, daß er den Klageantrag erweitert, vom Beklagten dadurch, daß er Widerklage erhebt (§ 280). Rechtsschutzbedingung der Zwischenfeststellungsklage ist nicht ein besonderes rechtliches Interesse, sondern die Präjudizialität eines im Laufe des Prozesses streitig gewordenen Rechtsverhältnisses für den den Gegenstand des (ursprünglichen) Klageantrages bildenden Anspruch. Denn aus dieser Beziehung ergiebt sich die Nothwendigkeit der Feststellung von selbst (RG 29, 361). Fordert z. B. der Kläger zunächst nur den auf ihn entfallenden Jahresgewinn eines von ihm und dem Beklagten gemeinschaftlich betriebenen Erwerbsgeschäftes, und bestreitet der Beklagte das Vorhandensein eines Gesellschaftsverhältnisses, so kann der Kläger seinen nur auf Zahlung einer Geldsumme gerichteten Antrag dahin erweitern, es solle festgestellt werden, daß zwischen ihm und dem Beklagten ein so und so beschaffenes Gesellschaftsverhältniß bestehe.

Einen Theil des Klagevortrages bildet die Sachlegitimation, d. h. der Nachweis, daß der erhobene Anspruch gerade dem Kläger (Aktivlegitimation) und diesem gerade gegen den Beklagten zusteht (Passivlegitimation). Dazu bedarf es in den meisten Fällen nicht des Nachweises besonderer Thatsachen, denn indem der Kläger die Entstehung des Anspruches darthut, weist er ohne weiteres auch nach, daß er der Berechtigte, der Beklagte der Verpflichtete ist. Ein besonderer Nachweis ist aber stets dann erforderlich, wenn der ursprünglich in einer andern Person entstandene Anspruch oder die ursprünglich gegen eine andere Person entstandene Verpflichtung

[1]) Die Beweislast bei der negativen Feststellungsklage ist bestritten. Wie oben RG 9,339.

Digitized by Google

durch Rechtsnachfolge auf den jetzigen Kläger oder den jetzigen Beklagten übergegangen ist. Aus dieser Natur der Sachlegitimation als eines Theiles der Klagebegründung folgt, daß das Gericht sie stets dann, aber auch nur dann zu prüfen hat, wenn der Beklagte, auch ohne den sog. Einwand der mangelnden Aktivlegitimation zu erheben (der stets ein Bestreiten enthält), das Entstandensein des klägerischen Anspruches bestreitet. Denn nur in diesem Falle ist die Prüfung nöthig.

Der Kläger kann mehrere Klagen in einer Klagehandlung verbinden:

1) Wird derselbe Klageantrag auf verschiedene Klagegründe gestützt, von denen jeder einzelne zur Rechtfertigung des Antrages ausreicht, so ist nur eine Mehrheit von Angriffsmitteln gehäuft (eventuelle Klagenhäufung). Dieser Fall tritt nicht nur dann ein, wenn die mehreren Klagegründe von einander unabhängig sind (z. B. Delikt und Vertrag), sondern auch dann, wenn die zur Rechtfertigung des einen Klagegrundes vorgetragenen Thatsachen diesen, zugleich aber auch noch einen andern Klagegrund darstellen, der hätte geltend gemacht werden können (häufig Delikt und grundlose Bereicherung). Da hier in Wahrheit mehrere in einen einzigen Antrag auslaufende Klagen verbunden sind, so wird der ganze Rechtsstreit bei dem angerufenen Gericht rechtshängig, wenn dieses für jede der verbundenen Klagen zuständig ist (RG 27, 385). Dann hat das Gericht, wenn einer der mehreren Klagegründe den Klageantrag nicht rechtfertigt, den anderen Klagegrund zu prüfen und kann über den nicht vorhandenen Klagegrund durch Zwischenurtheil entscheiden (§ 303 CPO), z. B. dahin: „Die Klage ist, soweit sie auf Betrug gestützt wird, unbegründet". Dabei kann es nach § 146 die Verhandlung auf eines der Angriffsmittel beschränken. Ist das Gericht nicht für alle Klagegründe zuständig (z. B. die Klage auf Delikt event. auf Bereicherung gegründet und im forum delicti comm. erhoben), so ist nur die eine Klage rechtshängig geworden, und es ist nur über sie zu entscheiden.

2) Werden verschiedene Klageanträge verbunden und wird jeder Antrag auf einen andern Klagegrund gestützt, so sind mehrere Klagehandlungen gleichzeitig vorgenommen. Das ist der von § 260 CPO behandelte Fall der objektiven Klagehäufung. Eine solche ist gestattet, wenn für

Digitized by Google

sämmtliche Klagen das Prozeßgericht zuständig und dieselbe Prozeßart zulässig ist. Sind diese Bedingungen gegeben, so werden alle Klagen beim angerufenen Gericht anhängig und sind von diesem nicht nach- sondern nebeneinander zu prüfen. Das Gericht kann jedoch die getrennte Verhandlung anordnen (§ 145) und, sobald eine der Klagen zur Entscheidung reif ist, ein Theilurtheil erlassen (§ 301). Ist das Gericht nur für eine Klage zuständig, so ist die andere abzuweisen; ist nicht für alle Klagen die gleiche Prozeßart zulässig, so ist die eine Klage als unstatthaft zurückzuweisen.

Die Nov. z. CPO hat das Verbot einer Verbindung von Besitz- und Rechtsklage fallen lassen, weil es keinen besonderen Besitzprozeß giebt und die Verbindung von Vortheil sein kann.

§ 74. Das Verhalten des Beklagten.

Vom Beklagten hängt es ab, ob der anhängig gewordene Prozeß zu einem Streite führen soll oder nicht. Denn es steht bei ihm, sich gegen die Klage zu vertheidigen oder nicht zu vertheidigen.

A. Die Vertheidigung des Beklagten.

1. Diese kann sich gegen den prozessualischen Rechtsschutzanspruch richten und hat dann den Zweck, ein diesen Anspruch verneinendes Urtheil herbeizuführen. Sie besteht demnach in der Hervorhebung des Mangels einer Prozeßvoraussetzung, also in der Rüge der Ungültigkeit des Prozeßgründungsaktes. Sie ist also keine Einrede in dem unten zu erörternden Sinne, mag sie auch das Gesetz als prozeßhindernde Einrede bezeichnen. Hierüber s. oben S. 235 ff.

2. Die Vertheidigung kann sich gegen den privatrechtlichen Klageanspruch richten. Sie thut das

a) entweder so, daß sie den Syllogismus angreift, auf welchem die klägerische Rechtsbehauptung beruht, daß sie also den Obersatz oder den Untersatz des Schlusses bekämpft. Sie greift

aa) den Obersatz an, indem sie das Vorhandensein der Rechtsnorm leugnet, von welcher der Kläger ausgeht. Man pflegt diese Art der Vertheidigung, die sich zuweilen in der bloßen Behauptung, daß ein

Digitized by Google

Rechtssatz jenes Inhalts nicht existire, erschöpft, sich häufig aber zu einer rechtswissenschaftlichen Erörterung ausdehnt, rechtliche Gegendeduktion zu nennen.

bb) Sie greift den Untersatz an, indem sie die vom Kläger behaupteten Thatsachen bestreitet. Früher bezeichnete man diese Art der Vertheidigung als negative Streiteinlassung (Litiskontestation) oder als Leugnen des historischen Klagegrundes, jetzt pflegt man sie kurzweg als Bestreiten zu bezeichnen. Aber dieses Bestreiten kann ein direktes oder ein indirektes sein. Man bestreitet unmittelbar, indem man die sämmtlichen oder einzelne Thatsachenbehauptungen des Gegners kurzweg als unwahr bezeichnet, und man bestreitet mittelbar, indem man einen anderen historischen Vorgang, der die Wahrheit des vom Kläger behaupteten Vorganges ausschließt, behauptet. Wenn z. B. der Kläger erklärt: „Der Beklagte beauftragte mich, ihm einen Käufer für sein Haus zu beschaffen. Ich habe diesen Auftrag ausgeführt, denn der Beklagte hat sein Haus an den ihm von mir zugeführten M. verkauft", so bleibt die Art der Vertheidigung die gleiche, mag der Beklagte erklären: „Ich bestreite die klägerischen Behauptungen" oder vortragen: „Ich habe mein Haus durch Vermittelung eines anderen Mäklers verkauft." Denn hat der Beklagte in der That in Folge der Vermittlerthätigkeit eines anderen Mäklers verkauft, so muß die klägerische Behauptung, daß er das Geschäft vermittelt habe, unwahr sein. Es folgt hieraus, daß überall da, wo der Beklagte zugiebt, mit dem Kläger ein Rechtsgeschäft geschlossen zu haben, zugleich aber behauptet, daß dieses Geschäft einen andern als den vom Kläger angegebenen Inhalt gehabt habe, insbesondere z. B. daß das Geschäft unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen worden sei, nichts weiter vorliegt als ein Bestreiten. Ja es liegt selbst in der Aufstellung einer sog. rechtshindernden Thatsache ein bloßes Bestreiten. Rechtshindernd wirken nämlich diejenigen Umstände, kraft deren einem historischen Vorgange diejenige Wirkung nicht beiwohnen kann, die er an sich nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen hätte haben müssen. Rechtshindernd wirken also Geschäftsunfähigkeit, Verkehrsunfähigkeit, Willensfehler. Da aber Niemand aus einem nichtigen

Digitized by Google

Rechtsgeschäfte Ansprüche herleiten kann, so liegt in der Behauptung eines rechtsgeschäftlichen Anspruches ohne weiteres die Behauptung, daß alle Voraussetzungen der Gültigkeit des Geschäftes vorhanden seien, mithin in der Gegenbehauptung, daß das Geschäft ungültig sei, nichts weiter als eine motivirte Verneinung der Grundlage des klägerischen Anspruchs.

b) Die Vertheidigung des Beklagten kann ferner den Klagesyllogismus unangetastet lassen; sie besteht dann in einer selbständigen Behauptung, welche den Klageantrag als ungerechtfertigt bezeichnet. Diese selbständigen Behauptungen haben zum Gegenstande

aa) entweder Thatsachen, welche den entstandenen klägerischen Anspruch später beseitigt oder abgeschwächt haben. Hierher gehört daher die Behauptung, daß der Anspruch durch Erfüllung, Erlaß, Vereinigung, Aufrechnung erloschen sei, daß er zur Zeit nicht geltend gemacht werden könne, oder daß seine Geltendmachung gegen Treu und Glauben verstoße;

bb) oder Thatsachen, welche dem Beklagten die Befugniß geben, den entstandenen und noch bestehenden Anspruch des Klägers unbefriedigt zu lassen. Hierher gehört die Behauptung, daß der Klageanspruch verjährt sei (vgl. § 222 BGB), daß dem Beklagten ein Zurückbehaltungsrecht zustehe, daß der Hauptschuldner noch nicht ausgeklagt sei[1]).

Diese selbständigen Widerspruchsbehauptungen sind nach dem Sprachgebrauche der CPO Einreden, während das BGB nur die unter bb genannten Rechte auf Verweigerung einer geschuldeten Leistung Einreden, alle andern selbständigen Widerspruchsbehauptungen aber Einwendungen nennt[2]).

Die Vertheidigung des Beklagten, die immer eine Abwehr des vom Kläger vorgeschlagenen Urtheils enthält und daher ihrerseits zu dem Antrage auf Abweisung der Klage führt, braucht daher nicht nothwendig in einer bloßen

---

[1]) Mein bürgerliches Recht Deutschlands. 2. Aufl. 1900. S. 151.

[2]) Vergl. Friedenthal: Einwendung und Einrede in der CPO und im BGB. 1898. Leonhard: Der Allg. Theil des BGB. 1900. S. 219 ff. Fischer-Henle BGB. Anm. zu § 202.

Digitized by Google

Negation zu bestehen. Der Gegensatz des mittelbaren (auch „motivirten, substantiirten") Bestreitens und der Einrede (im Sinne der CPO) besteht aber darin, daß jenes Behauptungen enthält, die sich mit der Wahrheit der vom Kläger behaupteten Thatsachen nicht vertragen und deshalb eine Verneinung dieser Thatsachen darstellen, während die Einrede diese Thatsachen zugiebt und einen von ihnen unabhängigen, daher „selbständigen Thatumstand" behauptet.

Es bedarf keiner Erörterung, daß der Beklagte seine Vertheidigungsmittel häufen kann.

B. Die Unterlassung der Abwehr.

Man spricht von einer „kontradiktorischen" Verhandlung nur dann, wenn der Beklagte einen dem Klageantrage widersprechenden Antrag stellt. Aber nur ein Theil aller Prozesse führt zu einer kontradiktorischen Verhandlung. Die Unterlassung des Widerspruches kann

1) darin bestehen, daß der Beklagte eine Erklärung auf die Klage überhaupt nicht abgiebt. Dies ist der Fall der Versäumniß, von dem besonders gehandelt werden wird. Hier sei nur hervorgehoben, daß nach der Ausdrucksweise der CPO (§ 331) das thatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers in diesem Falle als zugestanden gilt, daß also der Richter zu prüfen hat, ob dieses Vorbringen die Rechtsbehauptung des Klägers und damit den Klageantrag rechtfertigt. Das Nichtverhandeln des Beklagten ist daher zwar meistens, doch keineswegs immer ein Verzicht auf den Widerspruch;

2) der Beklagte kann aber jeden Widerspruch ausdrücklich aufgeben, indem er den Klageanspruch anerkennt. Das — vom bloßen Geständniß wohl zu unterscheidende — Anerkenntniß besteht in der ausdrücklichen Erklärung des Beklagten, daß er sich dem Klageanspruche unterwerfe. Das Anerkenntniß enthält daher stets eine Willenserklärung und damit einen Akt der Parteidisposition. Es hat daher in allen denjenigen Fällen, in denen es sich um Rechte handelt, welche der Verfügungsmacht der Partei entzogen sind (§§ 617, 640, 641, 670, 679, 684, 686 CPO), keine verbindliche

Digitized by Google

Kraft, in allen anderen Fällen bindet es den Richter, auch wenn er von dem Nichtbestehen des klägerischen Anspruches überzeugt ist, er muß also auf Antrag des Klägers den Beklagten auf Grund des Anerkenntnisses nach dem Klageantrage verurtheilen (§ 307). Das Anerkenntniß kann sich auf einen Theil des Klageanspruches beschränken, es kann aber vor Erlaß des Urtheils als auf einem Willensmangel beruhend angefochten werden. Daher unterliegt denn auch das auf Grund des Anerkenntnisses erlassene Urtheil den gewöhnlichen Rechtsmitteln, die Unwahrscheinlichkeit einer Anfechtung hat aber zu der Bestimmung geführt, daß ein solches Urtheil auch ohne Antrag des Klägers für vorläufig vollstreckbar erklärt werden muß (§ 708 Nr. 1).

§ 74. Die Widerklage.

Mit der nur auf Abwehr der Verurtheilung gerichteten Thätigkeit kann der Beklagte einen Angriff gegen den Kläger, d. i. eine Widerklage (reconventio), verbinden.

Unter einer Widerklage versteht man die vom Beklagten oder einem von mehreren Beklagten während der Rechtshängigkeit der Vorklage bei dem Gericht dieser erhobene Klage. Darum sind die Voraussetzungen des Widerklagegerichtsstandes identisch mit den Voraussetzungen der Zulässigkeit einer Widerklage[1]). Eine bei einem anderen Gerichte, z. B. dem allgemeinen Gerichtsstande des Klägers, erhobene Klage ist demnach keine Widerklage im Sinne der CPO.

Zu den Prozeßvoraussetzungen gültiger Klageerhebung überhaupt treten demnach für die Widerklage folgende hinzu:

1) Rechtshängigkeit des gegen den Beklagten begründeten Prozesses (der sogen. Vorklage), auch wenn diese Rechtshängigkeit nach Erhebung der Widerklage wieder erlischt.
2) Identität der Parteien mit Umkehrung der Parteirollen.
3) Zusammenhang des Widerklageanspruches mit dem in der Klage geltend gemachten Anspruche oder mit den

[1]) Dies die herrschende, auch vom RG vertretene Auffassung. And. Rein. insbes. Löning in Ztschft. f. CP. 4, S. 1 ff. Stein in Gaupp-Stein Kommentar zu § 33 unter I.

Digitized by Google

gegen diesen — nicht bloß thatsächlich, sondern zulässigerweise (RG bei SA 52 Nr. 261)[1]) — vorgebrachten Vertheidigungsmitteln.

Dieser Zusammenhang muß ein rechtlicher sein; ein solcher ist aber dann vorhanden, wenn Anspruch und Gegenanspruch aus demselben Rechtsgrunde (z. B. demselben Vertrage) entstanden sind oder wenn der eine nur dann bestehen kann, wenn der andere besteht (vergl. RG 11, 423; SA 52 Nr. 261 und zahlreiche andere Entscheidungen). Steht der Widerklageanspruch nicht mit dem Klageanspruche in einem Zusammenhange dieser Art, so kommt der Zusammenhang der Widerklage mit den gegen die Klage vorgebrachten Vertheidigungsmitteln in Frage.

Die Erhebung der Widerklage erfolgt nicht, wie die Erhebung der Klage, durch Zustellung eines Schriftsatzes, sondern durch den Vortrag in der mündlichen Verhandlung (§ 281). Hieraus folgt keineswegs[2]), daß die Erhebung der Widerklage nur in Anwesenheit des Klägers erfolgen könne (RG 28, 407). Denn auch die einseitige Verhandlung ist eine mündliche Verhandlung im Sinne der CPO. Ob in einem solchen Falle dem Antrage des Beklagten auf Erlaß des Versäumnißurtheils stattgegeben werden kann, bestimmt sich nach § 335 Nr. 3. Denn wenngleich die Erhebung der Widerklage von dem Nichterscheinen des Klägers nicht abhängt, so kann doch ein Zugeständniß der dem Widerklageantrage zu Grunde liegenden Thatsachenbehauptungen nur bei vorheriger Ankündigung angenommen werden.

Die Widerklage kann bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung erhoben werden, auf welche das Urtheil ergeht, in zweiter Instanz jedoch nur mit Einwilligung des Klägers (§ 529).

Die Erhebung einer Widerklage ist unzulässig, wenn das Prozeßgericht für sie unbedingt unzuständig ist (§ 33 Abs. 2), ferner im Urkunden- und Wechselprozeß (§ 595) und in Entmündigungssachen (§§ 667, 679, 684, 686), und sie ist nur beschränkt zulässig in Ehesachen (§§ 615, 633).

---

[1]) Bestritten.

[2]) Wie eine verbreitete, insbesondere auch von Wach und Planck vertretene Auffassung annimmt.

Digitized by Google

Durch die Erhebung der Widerklage wird Rechtshängigkeit des Widerklageanspruches mit allen daran geknüpften civil- und prozeßrechtlichen Wirkungen begründet, sofern nicht durch eine prozeßhindernde Einrede der Eintritt der Rechtshängigkeit verhindert wird. Die Rechtshängigkeit der Widerklage begründet aber nicht bloß den Anspruch des Beklagten auf Entscheidung über die Widerklage überhaupt, sondern auf gleichzeitige Verhandlung und Aburtheilung der Vorklage und der Widerklage. Doch darf die Aburtheilung der Vorklage oder der Widerklage durch Theilurtheil nicht dadurch hintangehalten werden, daß die Widerklage oder die Vorklage noch nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 301). Steht dagegen der Widerklageanspruch nicht in rechtlichem Zusammenhange mit dem Klageanspruche, so kann das Gericht die durch die Widerklageerhebung entstandene Verbindung von Vor- und Widerklage durch einen prozeßleitenden Beschluß lösen (§ 145); es entstehen dann zwei von einander unabhängige Prozesse, und die beiden Urtheile stehen nicht in dem Verhältniß von Theil- und Schlußurtheil. Steht die Widerklage aber weder mit der Klage noch mit den gegen diese vorgebrachten Vertheidigungsmitteln in rechtlichem Zusammenhange, so ist sie als unzulässig zurückzuweisen. — Durch Zwischenurtheil kann nie über die Widerklage entschieden werden, denn sie ist kein einzelnes Angriffs- oder Vertheidigungsmittel, sondern eine besondere Klage (§ 303).

§ 75. Weiteres Vorbringen der Parteien.

1. Die Verhandlung kann mit dem Vortrage der Klage und der Vertheidigung des Beklagten ihr Ende finden, wenn nämlich der Beklagte das, was der Kläger an thatsächlichem Beurtheilungsstoff vorgetragen hat, zugesteht oder einfach bestreitet. Bringt der Beklagte aber durch Erhebung einer Einrede einen neuen Thatumstand vor, so bedarf es der Entgegnung des Klägers, wenn diesen nicht die Nachtheile des Nichtverhandelns treffen sollen. Stellt der Beklagte mittels Einrede dem Klageanspruche ein Recht entgegen, z. B. der Eigenthumsklage ein Pfandrecht oder ein Zurückbehaltungsrecht, so stellt er seinerseits eine Rechtsbehauptung auf. Gegenüber dieser kann der Kläger dasselbe Verhalten beobachten, das der Beklagte gegenüber der klägerischen

Digitized by Google

Rechtsbehauptung beobachten konnte. Stellt er ihr eine selbständige Behauptung (eine Einwendung) entgegen, so erhebt er eine Replik, die ihrerseits eine Entgegnung erfordert.

Nach dem von der CPO angenommenen System der Beweisverbindung hat jede Partei im mündlichen Vortrage auch die Beweismittel zu bezeichnen, deren sie sich zur Erhärtung der von ihr aufgestellten Thatsachenbehauptungen bedienen will, und der Gegner hat sich auf diese Beweismittelangaben zu erklären (§ 282). Alle Erklärungen, welche ein bestimmtes Beweismittel als unzulässig oder auch nur als ungeeignet bezeichnen, nennt man Beweiseinreden (§ 283).

2. Die CPO bedient sich an mehreren Stellen des Ausdruckes Angriffs- und Vertheidigungsmittel, um alle von einer Partei zur Begründung oder zur Abwehr eines Antrages vorgebrachten thatsächlichen Behauptungen zu bezeichnen. Ausgeschlossen sind also die bloßen Rechtsausführungen, einbegriffen aber die Beweiseinreden, wie überhaupt alle gegen die prozessualische Geltendmachung eines Anspruches gerichteten Einwendungen. Selbständige Angriffs- oder Vertheidigungsmittel dagegen sind nur die für sich allein zur Begründung eines Antrages oder einer Einrede ausreichenden Thatsachen. Ueber die selbständigen Angriffs- und Vertheidigungsmittel ist daher eine selbständige Entscheidung möglich. Denn wenn z. B. der Kläger seinen Eigenthumsanspruch auf Uebereignung und Ersitzung gründet und zum Nachweise sowohl dieses als jenes Eigenthumserwerbes besondere Thatsachen behauptet, so läßt jeder dieser Klagegründe eine abgesonderte Verhandlung und eine abgesonderte Entscheidung (Zwischenurtheil) zu, desgleichen, wenn z. B. der Beklagte mit einer Gegenforderung aufrechnet und nebenbei Stundung behauptet.

Nach dem Grundsatze der Einheit der mündlichen Verhandlung können die Parteien Angriffs- und Vertheidigungsmittel aller Art bis zum Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, vorbringen (§ 278 Abs. 1). Das Gericht kann aber

a) der Partei, welche nachträglich Angriffs- oder Vertheidigungsmittel vorbringt, die Prozeßkosten ganz oder theilweise auferlegen,

Digitized by Google

b) verspätet vorgebrachte Vertheidigungsmittel des Beklagten, nicht aber Beweismittel oder Beweiseinreden, zurückweisen (§ 278 Abs. 2, 279, 283).

§ 76. Die thatsächliche Urtheilsgrundlage.

Während die Parteien ihre Rechtsbehauptungen auf behauptete Thatbestände gründen, kann der Richter sein Urtheil nur gründen auf Thatsachen, die für ihn feststehen. Es stehen für ihn fest aber

1) diejenigen Thatsachen, welche er von vornherein nicht bezweifeln konnte,
2) diejenigen, welche er bezweifeln mußte, die ihm aber außer Zweifel gestellt worden sind.

Zu den ersteren gehören

a) die bei Gericht offenkundigen (§ 291),
b) die nicht bestrittenen, insbesondere die zugestandenen Thatsachen (§§ 138, 288).

§ 77. Die bei Gericht offenkundigen Thatsachen[1]).

Eine Thatsache ist „bei Gericht offenkundig," wenn sie entweder einer unbestimmten Mehrheit von Personen und unter diesen den erkennenden Richtern oder nur diesen letzteren und zwar dann aus ihrer amtlichen Thätigkeit bekannt sind. Zu jenen gehören insbesondere die, deren Kenntniß zur allgemeinen Bildung gehört (RG 17, 269), zu letzteren gehören Geschäftsbräuche, Vorgänge, welche sich vor denselben Richtern ereignet haben, ferner aber auch Eigenschaften und Neigungen von Personen, welche der Richter als solcher kennen gelernt hat.

Nicht bei dem Gericht offenkundig sind diejenigen Thatsachen, die nur dem einen oder mehreren Richtern außerhalb ihrer amtlichen Thätigkeit bekannt geworden sind. Denn diese Kenntniß beruht nur auf der Sinneswahrnehmung dieses Richters, sie steht also in nichts höher als die eines jeden anderen Zeugen, würde aber, als Grundlage der Offenkundigkeit verwerthet, der unparteiischen Kontrolle entzogen, welcher der Bericht eines Zeugen bei Gericht unterliegt.

---

[1]) S. besonders Stein: Das private Wissen des Richters. 1893. S. 138 ff.

Digitized by Google

Als offenkundig können nur diejenigen Thatsachen verwerthet werden, welche der Richter oder die Mehrheit der Richter so sicher weiß, daß sie für das erkennende Gericht feststehen. Der Gegenbeweis der Unwahrheit ist natürlich zulässig, und ist eine Thatsache dem Richter erster Instanz offenkundig, den Richtern zweiter Instanz aber unbekannt, so bedarf sie in zweiter Instanz des Beweises, der jedoch vielleicht schon dadurch erbracht werden kann, daß auf die Kenntniß des ersten Richters hingewiesen wird.

§ 78. Die unbestrittenen Thatsachen.

Thatsachen, die von der einen Partei behauptet, von der anderen Partei nicht bestritten werden, stehen *für den Richter* fest, weil darüber, ob eine von der Partei nur behauptete Thatsache als Urtheilsgrundlage verwerthet werden soll, ausschließlich der Wille der Gegenpartei entscheidet. Sowie der entgegengesetzte Wille sich dadurch bekundet, daß die Partei die gegnerische Behauptung bestreitet, findet der Wille, die behauptete Thatsache gelten zu lassen, seinen Ausdruck in der Unterlassung des Widerspruchs. Dieser Wille muß aber deutlich erkennbar sein; er kommt natürlich in der Unterlassung jeglichen Widerspruches unzweifelhaft zum Ausdruck (§ 331), während dann, wenn nur auf eine einzelne Behauptung eine Erklärung nicht abgegeben wird, aus dem Gesammtverhalten der Partei sehr wohl auf ihren Willen, auch diese Behauptung zu bestreiten, geschlossen werden kann (§ 138 Abs. 2). Ein *Verzicht* auf den Widerspruch kommt im **Geständnisse** zum Ausdruck.

Im Gegensatze zum Anerkenntnisse wendet sich das Geständniß nur an die gegnerische Thatsachenbehauptung, es schränkt den Kreis der Thatsachenbehauptungen ein, welche der Gegner zu beweisen und deren Wahrheit der Richter zu prüfen hat[1]).

Das Geständniß ist ebenso wie das bloße Nichtbestreiten ein Akt der Parteidisposition. Denn indem die Partei sich des prozessualischen Vortheils entschlägt, den Gegner zu einer Beweisführung zu nöthigen, verfügt sie mittelbar über ihre eigenen Rechte. Hieraus folgt, daß durch Geständniß oder

[1]) Demelius: Confessio S. 36 und RG 10, 365.

Digitized by Google

Nichtbestreiten Thatsachen nicht festgestellt werden können, die ein der Parteiverfügung entzogenes Recht begründen. Dem hat die CPO in §§ 617, 640, 641, 670, 679, 684, 686 Rechnung getragen.

Seine Begrenzung findet das Geständniß

1) darin, daß es nur solche Behauptungen zum Gegenstande hat, die sich im Wege des Beweisverfahrens feststellen lassen, mithin auch solche, die nur durch das Gutachten von Sachverständigen bewiesen werden könnten, folglich nicht bloß reine Thatsachen, wie man gewöhnlich zu sagen pflegt, sondern auch Schlüsse, die aus gegebenen Thatsachen folgen. Aus dem Gebiete der durch Geständniß feststellbaren Behauptungen scheiden demnach alle Rechtsbehauptungen aus. Denn wenngleich auch sie das Ergebniß von Schlüssen aus gegebenen Thatsachen sind, so sind sie doch des civilprozessualischen Beweises unfähig, sie gehören ausschließlich der Denkthätigkeit des Richters an. Handelt es sich aber um einfache und den Parteien so geläufige Rechtsbegriffe, daß die Anwendung des Begriffes sich als nichts weiter darstellt, als die vereinfachte Behauptung der diesen Begriff bedingenden Thatsachen, so kann eine das behauptete Rechtsverhältniß einräumende Erklärung als Geständniß der es begründenden Thatsachen behandelt werden (RG 10, 365; 32, 409; 35, 411), so daß die Erklärung: „Ich gebe zu, ein Darlehn von 50 M. erhalten zu haben," das Geständniß enthält: „Ich gebe zu, 50 M. mit der Verpflichtung zur Rückgabe zu Eigenthum übergeben erhalten zu haben."

2. Auch wer eine thatsächliche Behauptung seines Gegners nicht bestreitet, befreit seinen Gegner von der Last des Beweises, aber er übt nur ein Recht nicht aus, während das Geständniß einen Verzicht auf die Vertheidigung enthält. Hieraus folgt, daß von jenem Rechte später ungehinderter Gebrauch gemacht, die bisher unbestritten gelassene Behauptung auch noch in zweiter Instanz bestritten werden kann (§ 531), während das Geständniß nur durch einen vom Gesetz mit Recht erschwerten Widerruf entkräftet werden kann (§§ 290, 532).

Geständniß ist demnach die von einer Partei abgegebene ausdrückliche Erklärung, daß eine vom Gegner aufgestellte Thatsachenbehauptung wahr sei.

Digitized by Google

Nur dem gerichtlichen Geständnisse wohnt die Bedeutung eines auf den Beweis verzichtenden Dispositionsaktes bei. Gerichtlich ist das Geständniß aber (nach § 288) nur dann, wenn es

a) im Laufe des Rechtsstreites und

b) in einer mündlichen Verhandlung oder zum Protokolle eines beauftragten oder ersuchten Richters abgegeben ist, also wenn es an die Adresse des Prozeßgerichtes geht. Jedes im Laufe eines anderen Prozesses oder in anderer Form vor Gericht oder überhaupt außerhalb des Gerichtes erklärte Geständniß ist ein außergerichtliches. Während das gerichtliche Geständniß als Disposition den Richter bindet und also seine Wahrheitsprüfung auch da ausschließt, wo er Grund hat, an der Wahrheit des Geständnisses zu zweifeln, ist das außergerichtliche Geständniß ein bloßer Beweisgrund für die Wahrheit der zugestandenen Behauptung, unterliegt also, wenn bestritten, selbst dem Beweise mit den Beweismitteln des Civilprozesses, und, wenn nicht bestritten, der richterlichen Beweiswürdigung.

Das Geständniß setzt nothwendig eine vom Gegner aufgestellte Behauptung voraus (§ 288). Behauptet eine Partei aus eigenem Antriebe eine für sie ungünstige Thatsache, so legt sie kein Geständniß ab, also kann sie die Behauptung frei widerrufen.

Man sprach von einem qualificirten Geständniß, wenn ein Thatbestand zugestanden, diesem Zugeständniß aber eine Berichtigung der gegnerischen Behauptung beigefügt wird. Indessen umfaßte dieser Begriff zahlreiche Fälle, in denen in Wahrheit ein motivirtes Leugnen der gegnerischen Behauptung vorliegt. Denn wenn z. B. der Kläger behauptet, mit dem Beklagten einen Kaufvertrag abgeschlossen zu haben, und den angemessenen Preis verlangt, der Beklagte aber eine Abrede auf einen niedrigeren Preis behauptet, so gesteht der Beklagte zwar scheinbar den Kaufabschluß zu, in Wirklichkeit bestreitet er den Abschluß des vom Kläger behaupteten Geschäftes. Dasselbe gilt, wenn der Kläger ein unbedingtes, der Beklagte ein aufschiebend-bedingtes Geschäft behauptet. Die CPO überläßt daher zweckmäßig die Entscheidung darüber, ob und inwieweit im gegebenen Falle ein Geständniß vorliegt, der Beurtheilung des Richters (§ 289 Abs. 2). Sie hat ferner den französischen Grundsatz von der Untheilbarkeit des Geständnisses verworfen, indem sie das Geständniß, so-

Digitized by Google

weit es reicht, auch dann wirken läßt, wenn ihm ein selbständiges Angriffs- oder Vertheidigungsmittel beigefügt wird (§ 289 Abs. 1). Denn da in einem solchen Falle eine Thatsache behauptet wird, die sich mit der Wahrheit der gegnerischen Behauptung verträgt, so wäre nicht abzusehen, warum eine solche Behauptung sich nicht mit einem Geständnisse verbinden ließe.

Das gerichtliche Geständniß kann widerrufen werden. Der Widerruf setzt aber der Natur des Dispositionsaktes entsprechend zu seiner Wirkung voraus den Nachweis

1) daß die zugestandene Thatsache der Wahrheit nicht entspricht und

2) daß diejenige Person (Partei, gesetzlicher Vertreter, Bevollmächtigter) die das Geständniß abgelegt, sich in einem Irrthume befunden habe, durch den das Geständniß veranlaßt worden sei. Denn nur durch den Nachweis eines kausalen Irrthums wird dem Geständniß die Bedeutung einer Willenserklärung entzogen. Daher kommt es darauf nicht an, ob der Irrthum ein Thatsachen- oder Rechtsirrthum, ein entschuldbarer oder unentschuldbarer war, doch reicht mangelhafte Information des Anwalts oder falsche Auffassung der Information nicht aus, einen Irrthum des Anwalts nachzuweisen. Natürlich kann das Vorhandensein des Irrthums aus begleitenden Umständen gefolgert werden (RG 11, 405).

§ 79. Der Beweis streitiger Behauptungen.

Ist eine Thatsache von der einen Partei behauptet, von der anderen Partei bestritten, so muß dem Richter das Ja der einen Partei so viel gelten als das Nein der andern, d. h. die Wahrheit der aufgestellten Behauptung ist zweifelhaft und muß dem Richter außer Zweifel gestellt d. i. bewiesen werden, wenn er sie bei der Urtheilsfällung beachten soll.

Beweisen heißt, Jemandem die Gewißheit von der Wahrheit einer Behauptung verschaffen. Denn wie stark auch der Sprachgebrauch abweicht[1]), Gegenstand

[1]) Selbst der Sprachgebrauch der Gesetze. Vgl. die unrichtige Fassung der §§ 186, 187, 263 StGB.

Digitized by Google

des Beweises sind nicht Thatsachen, sondern Behauptungen. Thatsachen können nicht unwahr, nicht erdichtet sein, Thatsachen können daher nur als geschehen oder vorhanden *festgestellt* werden.

Nach dem Gegenstande der Behauptung bestimmen sich die Art und die Mittel des Beweises.

1) Wer eine *allgemeine Wahrheit* d. h. eine solche von allgemeiner Gültigkeit (einen „*Erfahrungssatz*") zu beweisen unternimmt, muß von Gegebenem ausgehen. Dieses Gegebene sind wiederum allgemeine Wahrheiten, und zwar solche, die schon bewiesen sind, oder die eines Beweises nicht bedürfen (Axiome). Das Mittel dieses *logischen Beweises* ist die Schlußfolgerung, und wer diesen Beweis führt, sucht in demjenigen, den er zu überzeugen anstrebt, denselben Denkvorgang zu veranlassen, der sich in seinem Verstande vollzieht.

2. Wer eine Thatsachenbehauptung zu beweisen d. h. den sog. *historischen Beweis* zu führen hat, erreicht sein Ziel, wenn der Beweisempfänger davon überzeugt ist, daß die behauptete Thatsache eingetreten ist, der behauptete Zustand besteht. Aber während der logische Beweis überall da, wo er von einer absoluten Wahrheit ausgeht, auch zu einer absoluten Wahrheit gelangt, muß sich aller historische Beweis mit einem hohen Grade von Wahrscheinlichkeit begnügen. Das Gegentheil des Ergebnisses auch der gründlichsten Beweisführung ist niemals ausgeschlossen, Ueberzeugung aber ist die auf vernünftige Erwägung gestützte *Meinung*, daß das Gegentheil des Beweisthemas ausgeschlossen sei[1]).

Der historische Beweis kann

a) wie der logische, von Gegebenem ausgehen und mit Schlußfolgerungen arbeiten; der Beweis ist in diesem Falle ein *indirekter*. Seinen Ausgangspunkt können wiederum nur Thatsachen bilden, aber diese Thatsachen müssen ihrerseits für den Beweisempfänger feststehen. Viele Thatsachen können nur auf diesem mittelbaren Wege festgestellt werden, so Seelenvorgänge und Seelenzustände. Der Beweis wird um so sicherer, je mehr „*indicirende*" Thatsachen vorhanden sind, und je sicherer die Erfahrungssätze sind, welche

[1]) Lotze: Logik. § 278. RG 15, 339.

Digitized by Google

für die an diese Indizien als Untersätze geknüpften Folgerungen die Obersätze bilden.

b) Die weit überwiegende Mehrzahl aller Geschehnisse ist oder war für die Sinne des Menschen wahrnehmbar. Handelt es sich um solche Thatsachen, und sind sie wirklich wahrgenommen worden, oder können sie noch wahrgenommen werden, so ist die unmittelbare Beweisführung möglich, weil sich die Thatsache in diesem Falle ohne Zuhülfenahme indicirender Thatsachen selbst feststellen läßt. Da nun auch beim indirekten Beweise nur von solchen Thatsachen ausgegangen werden kann, welche selbst wahrgenommen worden sind oder wahrgenommen werden, ist die sinnliche Wahrnehmung die letzte Erkenntnißquelle für alle historische Beweisführung, und die Beweisführung wird um so sicherer, je zahlreicher und je frischer die sinnlichen Eindrücke sind, welche die Thatsache hinterlassen hat. Die sinnliche Wahrnehmung des Einzelnen ist immer trügerisch, denn sie hängt nicht blos von der Aufnahmefähigkeit der Sinne des Wahrnehmenden, sondern auch von der Reinheit des Eindruckes ab. Jeder Eindruck aber wird durch Ansichten, Stimmungen und spätere Eindrücke entstellt oder getrübt.

Der prozessualische Beweis ist immer nur historischer Beweis. Allgemeine Wahrheiten bilden nie den Gegenstand des prozessualischen Beweises. Denn zu beweisen ist nur die dem Richter noch unbekannte Urteilsgrundlage. Die Rechtssätze, welche auf diese Grundlage anzuwenden sind, und die Erfahrungssätze, deren der Richter bei Beurtheilung des Sachverhaltes bedarf, werden als bekannt und also des Beweises nicht bedürftig vorausgesetzt. Wenn schon es vorkommt, daß

a) die Rechtssätze nicht ohne eingehende Geistes- oder Sammelarbeit gewonnen werden können, so ist doch das, was die Partei bei dieser Arbeit leisten kann, nicht mehr als eine dem Richter geleistete Hülfe. Das Gesetz spricht deshalb selbst da, wo es sich um fremdes oder partikulares, also dem erkennenden Richter vermuthlich nicht geläufiges, Recht handelt (§ 293), nur von Ermittelungen, indem es sich auf den richtigen Standpunkt stellt, daß es Pflicht des Richters ist, sich die Kenntniß solchen Rechtes selbst zu beschaffen.

b) Fehlt dem Richter die Kenntniß der besonderen Erfahrungssätze, ohne welche einzelne Thatsachen nicht

Digitized by Google

erkannt und nicht festgestellt werden können, so hat er die Pflicht, diese Kenntniß von einem Sachkundigen zu entlehnen. Der Sachverständige ist daher keineswegs Beweismittel, sondern ersetzt oder ergänzt die kritische Thätigkeit des Richters. Dem trägt die CPO dadurch Rechnung, daß nach § 403 die Beweisantretung nur erfolgt durch Bezeichnung der zu begutachtenden Punkte, nicht auch durch Benennung des Sachverständigen (vgl. damit § 373), daß dem Gericht die Auswahl derjenigen Personen, deren Sachkunde es am meisten vertraut, überlassen ist (§ 404, 405, 412), daß das Gericht auch von Amtswegen eine Begutachtung durch Sachverständige erfordern (§ 144), und daß der Sachverständige wie ein Richter abgelehnt werden kann, wenn parteiische Beurtheilung zu besorgen ist (§ 406).

Von einem Beweisen kann nur da gesprochen werden, wo eine Person in der Absicht thätig ist, einen Andern zu überzeugen. Jener ist der Beweisführer, dieser der Beweisempfänger. Beweisführer im Civilprozeß ist eine der Parteien, Beweisempfänger nicht die Gegenpartei, sondern der Richter. Wer wissenschaftliche Wahrheiten aufsucht oder die Erklärung für eine nur angenommene Wahrheit findet, der untersucht oder forscht, er beweist erst, wenn er einen Andern von der Richtigkeit seiner Behauptungen zu überzeugen unternimmt. Aber auch der, der sich selbst die Erkenntnißquellen für das Vorhandensein einer Thatsache verschafft und erschließt, beweist nicht, sondern er erforscht, ermittelt, untersucht. Daher kann man im Strafprozesse nicht von Beweis, sondern nur von Ermittelung oder Untersuchung sprechen.

Daraus, daß der prozessualische Beweis ein historischer Beweis und daß die letzte Quelle aller Thatsachenkenntniß die sinnliche Wahrnehmung ist, folgt, daß das Ziel des prozessualischen Beweises dahin geht, dem Richter eine möglichst klare Vorstellung von der festzustellenden Thatsache zu geben, und daß Beweismittel alles ist, was die Vorstellung und damit die Kenntniß von einer Thatsache zu gewähren im Stande ist.

Nicht jedes Beweismittel hat die gleiche oder überhaupt Beweiskraft. Die Beweiskraft hängt vielmehr davon ab, ob überzeugende Beweisgründe vorliegen. Beweisgrund aber sind alle Umstände, welche die Annahme, daß der von dem Beweismittel erstattete Bericht wahr sei, unterstützen. Wenn z. B. ein Zeuge erzählt, A. habe an B. 200 Mark

Digitized by Google

gezahlt, so wird die Ueberzeugungskraft dieser Mittheilung davon abhängen, ob der Zeuge die Wahrheit sagen kann und ob er sie sagen will. Seine Fähigkeit, die Wahrheit zu sagen, aber hängt davon ab, ob er jenes Geschehniß selbst gesehen oder nur von Anderen gehört, ob er es deutlich und in allen Einzelheiten wahrgenommen hat, ob seit der Wahrnehmung ein kurzer oder ein langer Zeitraum verstrichen ist.

Die Anschauung, welche das Beweismittel dem Richter gewährt, ist entweder eine unmittelbare oder eine mittelbare, je nachdem die berichtete Thatsache vom Richter selbst wahrgenommen wird, oder durch Ueberlieferung von Seiten derjenigen Personen zu seiner Kenntniß gelangt, welche sie mit Sinnen wahrgenommen haben. Unmittelbare Anschauung gewähren die Urkunden und die Augenscheinsgegenstände, mittelbare Anschauung die Zeugen und der Parteieneid.

§ 80. Die Urkunden und der Augenscheinsgegenstand.

I. Urkunde nennt man denjenigen Gegenstand, dem durch den menschlichen Willen die Bestimmung gegeben ist, eine Erklärung zum Ausdrucke zu bringen und also zu überliefern.

Gegenstand des Augenscheins aber ist jeder Gegenstand und jeder Vorgang, dem zufällig die Fähigkeit beiwohnt, eine Thatsache als eingetreten oder einen Zustand als vorhanden festzustellen.

Wer z. B. verpflichtet war, eine Feldbahn herzustellen, beweist durch Vorweisung der Bahn, daß er seine Verpflichtung erfüllt hat; die Bahn ist also Augenscheinsobjekt, nicht Urkunde, denn ihre Herstellung ist nicht in der Absicht erfolgt, die Thatsache der Erfüllung des Werkvertrages zu überliefern. Der Wechsel ist deshalb Urkunde, weil er dazu bestimmt ist, die Wechselerklärungen zum Ausdrucke zu bringen; befindet sich in ihm aber eine Rasur, so ist er zugleich Augenscheinsobjekt, denn die Rasur ist nicht dazu bestimmt, eine Erklärung zu überliefern. Grenzsteine sind Urkunden, denn sie sollen die Erklärung, daß die Grenze zweier Grundstücke in einer bestimmten Linie gehen solle, beweisen; dagegen sind Ueberreste früherer Zaunpfähle Augenscheinsobjekte, denn der Zaun ist als Schutzwehr, nicht mit der Absicht gesetzt worden, die gewollte Grenzlinie zu überliefern. Das Augenscheins-

Digitized by Google

objekt beweist also durch sein bloßes Dasein, die Urkunde entweder durch ihr Dasein oder, und zwar gewöhnlich, durch ihren Inhalt. Die Urkunde wendet sich stets an den Gesichtssinn, das Augenscheinsobjekt auch an jeden anderen Sinn. Denn wird ein Stoff vorgelegt, dessen Qualität nur durch das Gefühl festgestellt werden kann, oder wird der Richter in ein Haus gerufen, um festzustellen, daß der vom Nachbarhause oder von einer Anlage ausgehende Lärm oder üble Geruch eine ungewöhnliche Beeinträchtigung enthält (vergl. § 906 BGB), so pflegt man doch von Augenscheineinnahme zu reden. Augenscheinsobjekt kann auch der Körper eines Menschen sein. Aber auch Vorgänge, Thätigkeiten (z. B. die Art und Weise, wie ein bestimmter Stoff hergestellt, eine Maschine in Gang gesetzt wird), können einer Behauptung zum Beweise dienen.

Ob die zum Zwecke der Ueberlieferung niedergelegte Erklärung später zu einer Beweisführung benutzt wird, von anderen Personen als von denen, an welche sie ihr Urheber ursprünglich gerichtet hatte, kann an dem Begriffe der Urkunde nichts ändern. Denn wer z. B. über seine Ausgaben und Einnahmen Buch führt, will damit die vermerkten Thatsachen nur für sich selbst überliefern, er kann nicht hindern, daß diese Notizen einst gegen seine Erben einen urkundlichen Beweis erbringen. Wer seinem Freunde zur Hochzeit gratulirt und in dem Briefe erzählt, daß er eine Mitgift von dieser und jener Höhe erhalten habe, schafft eine Urkunde, obgleich seine Absicht nicht weiter geht, als seinem Freunde jene Thatsache mitzutheilen.

Ob die Mittheilung sich der Schrift bedient und ob der Stoff, mit dem die Schrift hergestellt ist, dauerhaft ist, macht keinen Unterschied innerhalb des Urkundenbegriffes. Daher sind Grenzsteine, die keinerlei Schriftzeichen enthalten, Urkunden, und bloße Kreidestriche können Urkunden sein.

II. Das Augenscheinsobjekt hat häufig nur für den beweisende Kraft, der mit besonderer Sachkunde ausgestattet ist. Die CPO (§ 372) gestattet deshalb dem Richter die Zuziehung von Sachverständigen. Diese haben dann nur die Aufgabe, die Kenntnisse des Richters durch diejenigen Erfahrungssätze zu ergänzen, die ihm die Wahrnehmung gerade des in Frage stehenden Zustandes ermöglichen. Die Augenscheinseinnahme dient aber nicht immer dazu, eine streitige Behauptung zu beweisen, sondern häufig dazu, den

Digitized by Google

Sachvortrag überhaupt zu verstehen. Deshalb ist der Richter nicht genöthigt, die Beweisantretung der Partei abzuwarten, sondern er kann sich von Amtswegen durch Augenscheineinnahme diejenige Anschauung verschaffen, welche ihm das Verständniß des weiteren, vielleicht unbestritten bleibenden Parteivortrages ermöglicht (§ 144).

Die Beweisantretung erfolgt beim Augenscheinsbeweis durch die Bezeichnung des Gegenstandes des Augenscheines und durch die zu beweisende Behauptung.

III. Die Urkunden werden eingetheilt:

A. in öffentliche und private,

B. in erzählende (referirende) und verfügende (dispositive).

A. Oeffentliche und Privaturkunden.

Diese Eintheilung entnimmt ihren Grund von der Person des Ausstellers[1]). Oeffentlich ist diejenige Urkunde, welche von einer öffentlichen Behörde oder von einer mit öffentlichem Glauben ausgestatteten Person in dieser ihrer Eigenschaft und innerhalb ihrer Amtsbefugnisse, Privaturkunde die von einer Privatperson ausgestellte Urkunde. Aussteller aber ist diejenige Person, welche in der Urkunde eine Erklärung abgiebt.

Die praktische Bedeutung dieses Unterschiedes zeigt sich

1. beim Echtheitsbeweise. Eine Urkunde ist nur dann beweisend, wenn sie echt ist, d. h. von derjenigen Person ausgestellt ist, welche in ihr als Aussteller bezeichnet ist. Inländische öffentliche Urkunden haben die Vermuthung der Echtheit für sich (§ 437); sie müssen demnach so lange als echte Urkunden verwerthet werden, bis ihre Unechtheit festgestellt ist. Doch kann das Gericht, wenn ihm die Echtheit zweifelhaft ist, ohne den Unechtheitsbeweis abzuwarten, die Behörde oder die Person, von welcher die Urkunde errichtet sein soll, zu einer Erklärung über die Echtheit veranlassen. Privaturkunden können erst dann als Beweismittel verwerthet werden, wenn ihre Echtheit festgestellt ist. Daher hat sich der Gegner des Beweisführers über die Echtheit der Urkunde zu erklären. Erklärt er die Urkunde für echt oder erklärt er sich, und zwar im

[1]) Planck, Lehrbuch II, S. 216.

Digitized by Google

amtsgerichtlichen Verfahren nach vorangegangener Aufforderung, nicht, so steht die Echtheit für den Richter fest. Erklärt der Gegner des Beweisführers dagegen die Urkunde für unecht, so hat der Beweisführer die Behauptung der Echtheit der Urkunde zu beweisen (§§ 439, 440, 507). Der Beweis kann mit allen Beweismitteln, insbesondere auch durch Eideszuschiebung, geführt werden. Ueber sein Ergebniß entscheidet das Gericht nach freier Ueberzeugung. Wird er erbracht, so kann nunmehr die Urkunde als Beweismittel gebraucht werden, wird er nicht erbracht, so hat der vorgelegte Gegenstand nicht die Eigenschaft einer Urkunde, also eines Beweismittels. Regelmäßig kann sich der Echtheitsbeweis auf die Echtheit der Namensunterschrift beschränken, denn steht diese fest, so hat die über der Unterschrift stehende Schrift die Vermuthung der Echtheit für sich (§ 440). Die Vermuthung stützt sich auf die Erfahrung, daß derjenige, der eine vorhandene Schrift unterzeichnet, sich den Inhalt der Schrift aneignet, und daß derjenige, der nur seinen Namen niederschreibt, sich vorher mit dem einverstanden erklärt hat, was nachträglich über die Unterschrift gesetzt worden ist. Zur Entkräftung der Urkunde bedarf es also hier des besonderen Nachweises, daß der Inhalt der Schrift nicht vom Aussteller herrührt oder nicht mit dessen Einverständniß niedergeschrieben worden ist.

Der Echtheitsbeweis kann insbesondere auch durch Schriftvergleichung geführt werden (das Verfahren § 441), d. h. durch Vergleich der in der vorgelegten Urkunde enthaltenen Schriftzüge mit unzweifelhaft vom angeblichen Aussteller herrührenden Schriftzügen. Dabei sind sowohl die Urkunde als die zur Vergleichung herangezogenen Schriftstücke Augenscheinsobjekte.

Ob eine ausländische öffentliche Urkunde ohne Weiteres als echt hinzunehmen ist, entscheidet das Gericht nach den Umständen des Falles (§ 438).

2. Oeffentliche und Privaturkunden unterscheiden sich ferner in der Beweiskraft. S. hierüber unter B.

B. Erzählende und verfügende Urkunden.

1. Die erzählende Urkunde enthält einen Bericht des Ausstellers über eine zu seiner Vorstellung gelangte Begebenheit, also ein Zeugniß dafür, daß etwas geschehen ist.

Digitized by Google

Wie weit die Beweiskraft einer solchen Urkunde reicht, hängt davon ab, ob die Urkunde eine private oder eine öffentliche ist. Die Privaturkunde nämlich beweist (nach § 416) nichts weiter, als daß die in ihr enthaltene Erklärung vom Aussteller abgegeben ist, bei einer berichtenden Urkunde also nichts weiter, als daß der Aussteller den Bericht erstattet hat, sie beweist für sich allein die begleitenden Umstände, wie Zeit und Ort der Ausstellung nicht, und sie beweist insbesondere nicht die Wahrheit des erstatteten Berichts. Die öffentliche Urkunde beweist den gesammten, beurkundeten Vorgang, also nicht blos die Thatsache, daß eine Erklärung abgegeben worden ist, sondern auch die begleitenden, von dem Verfasser der Urkunde mitberichteten Umstände (§ 415). Wenn es demnach in einem Geschäftsbriefe der Firma M. und Co. heißt:

„Breslau den 4. Oktober 1900.

Wir empfingen gestern Ihre Sendung Rohzucker, untersuchten die Waare sofort und fanden sie zu unserer vollsten Zufriedenheit,"

so wird durch diesen Brief allein nicht außer Zweifel gestellt, daß er in Breslau und am 4. Oktober 1900 geschrieben, daß die Waare am 3. Oktober eingegangen, sofort untersucht und von den Empfängern als vertragsmäßige Waare anerkannt worden ist; der Brief beweist nur den in die Augen springenden Umstand, daß der Schreiber dem Empfänger diese und jene Begebenheit mittheilt.

Die öffentlichen erzählenden Urkunden enthalten aber entweder

a) einen Bericht darüber, daß eine andere Person eine Erklärung abgegeben hat (z. B. die Protokolle über eine Auflassungserklärung, über eine mündliche Verhandlung) oder b) ein von der Behörde oder der Urkundenperson ausgestelltes Zeugniß über eine von ihr selbst vorgenommene Handlung oder über eine ihr innewohnende Kenntniß (z. B. die Zustellungsurkunde, Zeugnisse, daß der X als Beamter der und der Gattung angestellt war und am . . . entlassen worden ist).

Beide Arten öffentlicher Urkunden beweisen alle in ihnen berichteten Vorgänge, die unter a genannten (§ 415) also nicht blos die abgegebene Erklärung, sondern Zeit, Ort und alle Nebenumstände, die unter b genannten (§ 418 Abs. 1 und 2) alle bezeugten Thatsachen. Wird demnach vor der Urkunds-

Digitized by Google

person eine Erklärung abgegeben, die selbst nur einen Bericht über ein Geschehniß enthält (z. B. wenn die Hebamme vor dem Standesbeamten erklärt, daß die Frau M. am vergangenen Abend von einem Kinde entbunden worden ist), so kann die Urkunde nur die Erklärung mit Zeit, Ort u. s. w., nicht auch den Inhalt der Erklärung beweisen, es sei denn, daß besondere Reichsgesetze oder Landesgesetze derartigen Urkunden jene weitere Beweiskraft beilegen (§ 418 Abs. 3), wie dies durch § 15 Ges. über die Beurkundung des Personenstandes u. s. w. vom 6. Februar 1875 hinsichtlich der Standesamtsurkunden allerdings geschehen ist.

Es scheint hiernach, als ob der Beweiswerth berichtender Urkunden ein geringer wäre. Denn um durch die Urkunde auch die in ihr berichtete Thatsache darzuthun, bedarf es, wie bei jedem Zeugniß, der Gewißheit darüber, daß der Erklärende die Wahrheit sagen konnte und sagen wollte. Selbst wenn der Berichterstatter eigene Wahrnehmungen mittheilt, muß mit der Möglichkeit unvollkommener Wahrnehmung oder unvollkommener Wiedergabe gerechnet werden. Da ferner alle Urkunden, durch die der Aussteller selbst und also zu seinem Vortheile beweisen will, Mißtrauen gegen die Wahrheit des Berichtes erwecken, stellte man früher den Satz auf: scriptura pro scribente nihil probat. Dieser Satz konnte zwar in die CPO nicht aufgenommen werden, weil er den Grundsatz der freien Beweiswürdigung zu stark durchbrochen hätte, die in ihm ausgesprochene Erfahrung kann aber auch heut ebensowenig unbeachtet bleiben, als die entgegengesetzte Erfahrung, daß Berichte über eine dem Aussteller nachtheilige Thatsache eine starke Beweiskraft haben. Die CPO hat es daher unterlassen, sich über die Beweiskraft von Handelsbüchern auszulassen, und die Artt. 34, 35 HGB, welche dies thaten, sind durch § 13 No. 2 EG z. CPO aufgehoben worden.

Gegen eine Privaturkunde ist der Gegenbeweis unbeschränkt zulässig, aber auch gegen öffentliche Urkunden ist der Gegenbeweis gestattet, daß der Vorgang unrichtig beurkundet worden sei (§ 415) oder daß das in ihr enthaltene Zeugniß unrichtig sei (§ 418 Abs. 2). Gegenüber Verhandlungsprotokollen ist nur der Nachweis der Fälschung zulässig (§ 164).

2. Die verfügende Urkunde enthält eine Willenserklärung des Ausstellers. Diese Erklärung wird durch die Ur-

Digitized by Google

kunde, sei sie eine private (§ 416) oder eine öffentliche (§ 417), voll bewiesen. Diejenige Partei also, welche jene Willenserklärung behauptet, führt den Beweis ihrer Behauptung ohne Zuhülfenahme außerhalb der Urkunde liegender Beweisgründe nur durch die Urkunde selbst. Die Urkunde beweist daher für und gegen den Aussteller. Ob die Willenserklärung gültig ist, liegt außerhalb des Beweisrechts.

Vielfach hat man die Urkunden eintheilen wollen in solche, welche eine Verfügung, ein Geständniß oder ein Zeugniß enthalten. Diese Eintheilung ist aus dem Grunde unrichtig, weil jede sog. Geständnißurkunde entweder ein Zeugniß oder eine Verfügung enthält. Denn wer erklärt: „Ich bekenne, von meinem Vetter M. 800 Mark empfangen zu haben" oder: „Die in vorstehendem Inventar aufgeführten Gegenstände habe ich übergeben erhalten" oder: „Ich habe folgende Einnahmen und folgende Ausgaben gehabt," der bezeugt stets einen von ihm wahrgenommenen Vorgang. Knüpft er hieran die Erklärung, daß er jenen Betrag, jene Gegenstände, einen Reingewinn erstatten wolle, so nimmt er in die Urkunde eine Verfügung auf. Wer erklärt: „Die von meinem Verwalter gelegte Rechnung ist richtig," giebt kein Geständniß, sondern eine Willenserklärung ab, nämlich dahin, daß er die Rechnung nicht bemängeln wolle.

IV. Der Urkundenbeweis.

1. Die Beweisantretung ist verschieden, je nachdem sich die Urkunde im Besitze des Beweisführers, des Gegners, eines Dritten oder einer öffentlichen Behörde befindet.

a) Befindet sich die Urkunde **im Besitze des Beweisführers,** so erfolgt die Beweisantretung durch Vorlegung der Urkunde (§ 420). Die Vorlegung besteht darin, daß die Partei die Urkunde in der Art vorweist, daß das Gericht sich von dem Vorhandensein gerade der von der Partei bezeichneten Urkunde überzeugen kann. Ist die Urkunde umfangreich (z. B. Handelsbücher, Akten), so genügt die bloße Vorweisung nicht, es bedarf vielmehr der Angabe derjenigen Theile, Stellen oder Blätter der Urkunde, die das vom Beweisführer Behauptete enthalten sollen (RG 1, 423).

Die Beweisantretung wird vorbereitet dadurch, daß den vorbereitenden Schriftsätzen die in diesen angeführten Urkunden in Urschrift oder in Abschrift beigefügt oder daß sie

Digitized by Google

dann, wenn sie von bedeutendem Umfange oder dem Gegner schon bekannt sind, wenigstens genau bezeichnet werden, unter dem Erbieten, Einsicht zu gewähren. In allen Fällen, in welchen hiernach die Urschrift in der Hand des Beweisführers verbleibt, hat der Gegner das Recht, den Beweisführer aufzufordern, daß er die Urkunde vor der mündlichen Verhandlung auf der Gerichtsschreiberei niederlege, und der Beweisführer ist bei rechtzeitiger Aufforderung zu dieser Niederlegung verpflichtet; Rechtsanwälte können die Mittheilung von Urkunden von Hand zu Hand gegen Empfangsbescheinigung bewirken (§§ 131, 134, 135). Alle diese vorbereitenden Maßnahmen haben den Zweck, dem Gegner nicht blos die Erklärung über die Echtheit der Urkunde, sondern namentlich auch die sofortige Erklärung auch über den Inhalt der Urkunde zu ermöglichen.

b) Befindet sich die Urkunde nach der Behauptung des Beweisführers **in den Händen des Gegners,** so geschieht die Beweisantretung dadurch, daß der Beweisführer den Antrag stellt, dem Gegner die Vorlegung der Urkunde aufzugeben (§ 421). Der Antrag hat einen vom Gesetze vorgeschriebenen Inhalt und soll namentlich auch den Rechtsgrund glaubhaft machen, nach welchem der Gegner zur Vorlegung verpflichtet ist. Diesem Antrage hat das Gericht durch Beschluß, der nicht mit dem Beweisbeschlusse zu verwechseln ist, stattzugeben, wenn

aa) das Gericht die durch die Urkunde festzustellende Thatsache für erheblich hält,

bb) eine Verpflichtung des Gegners zur Vorlegung besteht (sogen. Editionspflicht),

cc) der Gegner sich im Besitze der Urkunde befindet (§§ 424, 425).

Die Editionspflicht umfaßt:

α) alle diejenigen Urkunden, deren Herausgabe oder Vorlegung der Beweisführer nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes verlangen kann (civilrechtliche Editionspflicht), insbesondere diejenigen Urkunden, deren Eigenthümer oder Miteigenthümer der Beweisführer ist (§ 952 BGB), ferner aber alle jene Urkunden, welche Auskunft über die Verwaltung oder Geschäftsführung betreffs eines dem Beweisführer gehörigen Vermögensgegenstandes geben (vergl. z. B. §§ 716, 666 BGB), sodann aber nach der allgemeinen Vor-

Digitized by Google

schrift des § 810 BGB jede Urkunde, wenn sie im Interesse des Beweisführers errichtet oder wenn in ihr ein zwischen ihm und einem Anderen bestehendes Rechtsverhältniß beurkundet ist, oder wenn sie Verhandlungen über ein Rechtsgeschäft enthält, die zwischen ihm und einem Anderen oder zwischen einem von beiden und einem gemeinschaftlichen Vermittler gepflogen worden sind (§ 422);

β) alle diejenigen Urkunden, auf welche der Gegner zum Zwecke eigener Beweisführung, wenngleich nur in einem vorbereitenden Schriftsatze, Bezug genommen hat (§ 423 CPO, prozeßrechtliche Editionspflicht).

Voraussetzung der Editionspflicht ist in jedem Falle Besitz der Urkunde. Es ist daher zu unterscheiden:

a) Der Gegner hat den Besitz der Urkunde zugestanden oder sich auf den Editionsantrag nicht erklärt. In beiden Fällen hat das Gericht die Vorlegung der Urkunde anzuordnen (§ 425).

b) Bestreitet der Gegner, daß die Urkunde sich in seinem Besitze befinde, so giebt es (RG 16,395) nur ein Mittel, Besitz oder Nichtbesitz festzustellen: den Editionseid. Dieser Eid — vom Gegner zu leisten — ist kein zugeschobener und kann daher nicht zurückgeschoben werden; seine Leistung wird durch einen der Anfechtung entzogenen Beschluß des Gerichts angeordnet und zwar nach einer vom Gesetze vorgeschriebenen, aber nach Lage der Sache abänderlichen Form („Ich schwöre, daß ich nach sorgfältiger Nachforschung die Ueberzeugung erlangt habe, daß die U. in meinem Besitze sich nicht befinde, daß ich die U. nicht in der Absicht abhanden gebracht habe, deren Benutzung dem Beweisführer zu entziehen, daß ich auch nicht weiß, wo die U. sich befinde.“ Es wird durch ihn also der Besitz der Urkunde in allen Fällen in Form des Ueberzeugungseides, ferner die Kenntniß von dem Ort, wo die Urkunde zu finden und endlich die arglistige Besitzaufgabe abgeschworen (§ 426).

Wird der Eid geleistet, so hat sich der Editionsantrag als unbegründet erwiesen, und die Beweisantretung stellt sich als gegenstandslos heraus.

Kommt der Gegner der Anordnung, die Urkunde vorzulegen oder den Eid zu leisten, nicht nach, macht er also dem Beweisführer den Beweis in pflichtwidriger Weise un-

Digitized by Google

möglich, so trifft ihn ein prozessualischer Nachtheil. Hat nämlich der Beweisführer

aa) eine Abschrift der Urkunde beigebracht, so ist diese Abschrift als richtig anzusehen; kraft dieser unwiderlegbaren Vermuthung kann der Beweisführer mit der Abschrift denselben Beweis führen, den er mit der Urschrift hätte führen können; es kommt also nur noch auf die Prüfung des Beweiswerthes der Urkunde überhaupt an;

bb) hat der Beweisführer eine Abschrift nicht beigebracht, so ist das Gericht befugt, die Behauptungen des Beweisführers über die Beschaffenheit und den Inhalt der Urkunde „als bewiesen" anzunehmen (§ 427).

Diese Grundsätze kommen auch betreffs der Handelsbücher der Parteien zur Anwendung, eine Editionspflicht gegenüber der Partei besteht demnach nur unter den oben unter α und β erörterten Voraussetzungen. Das Gericht hat aber die Befugniß, auf Antrag des Gegners oder des Beweisführers selbst oder auch von Amtswegen die Vorlegung der Handelsbücher einer Partei anzuordnen (§ 45 HGB).

c) Befindet sich die Urkunde nach der Behauptung des Beweisführers in den **Händen eines Dritten,** so geschieht die Beweisantretung durch den Antrag, zur Herbeischaffung der Urkunde eine Frist zu bestimmen (§ 428). Auch dieser Antrag muß bestimmten Erfordernissen entsprechen (§ 430); fehlt es daran, so ist der Antrag unbegründet, also eine dem Gesetze entsprechende Beweisantretung nicht erfolgt. Ist der Antrag jedoch begründet, so hat ihm das Gericht in der Weise zu entsprechen, daß es zum Zwecke der Vorlegung der Urkunde in einem vom Beweisführer zu erwirkenden Termine eine Frist bestimmt. Der Gegner kann aber schon vorher den Antrag stellen, daß mündliche Verhandlung anberaumt werde, wenn der Beweisführer seinen Anspruch auf Herausgabe der Urkunde nicht mit Entschiedenheit betreibt (431); der Beweisführer kann dann die Urkunde bis zum Schlusse der mündlichen Verhandlung nachbringen (§ 231).

Eine Verpflichtung zur Herausgabe der Urkunde besteht für den Dritten nur unter den Voraussetzungen, die eine Editionspflicht des Prozeßgegners begründen; giebt er die

Digitized by Google

Urkunde nicht freiwillig heraus, so bleibt dem Beweisführer nur der Weg einer besonderen Klage (§ 429).

d) Befindet sich die Urkunde nach der Behauptung des Beweisführers in den **Händen eines öffentlichen Beamten** oder im Besitz einer öffentlichen Behörde, so geschieht die Beweisantretung durch den Antrag, den Besitzer der Urkunde um deren Mittheilung zu ersuchen. Im übrigen ist das Verfahren das gleiche wie in dem unter c) erörterten Falle.

2. Die Beweisaufnahme setzt voraus,

a) daß das Gericht den angebotenen Beweis erheben will und

b) daß die Partei die angebotene Beweisführung unternehmen kann, also

aa) daß sie die Urkunde vorlegen kann,

bb) daß die Echtheit der Urkunde feststeht.

a) Die Willenserklärung des Gerichts geschieht, wenn der Beweisführer die Urkunde besitzt und ihr Inhalt in der mündlichen Verhandlung sofort vorgelesen werden kann, mittels einer formlosen Anordnung, und nur wenn der Vortrag in der mündlichen Verhandlung nicht sogleich erfolgen kann, sondern vor einem beauftragten oder ersuchten Richter erfolgen muß oder erst in einem späteren Verhandlungstermine erfolgen kann (§§ 434, 358), mittels Beweisbeschlusses. Dieser fällt da, wo die Beweisantretung durch Stellung eines Antrages erfolgt (oben unter 1, b, c, d), mit dem Beschlusse zusammen, welcher jenem Antrage stattgiebt. Denn dieser letztere Beschluß hat nicht nur eine formrichtige Beweisantretung, sondern auch eine Prüfung der Beweiserheblichkeit der unter Urkundenbeweis gestellten Behauptungen zur Voraussetzung (§§ 425, 431, 432).

b) Kann die Urkunde nicht beschafft werden, so entfällt natürlich die beabsichtigte Beweisaufnahme. Hat der Gegner die Beweisführung absichtlich unmöglich gemacht, so kann das Gericht die unter Urkundenbeweis gestellten Behauptungen als bewiesen ansehen (§ 444).

Da nur die echte Urkunde ein Beweismittel sein kann, muß vor der Beweisaufnahme Gewißheit über die Echtheit der Urkunde bestehen; es folgt hieraus, daß dem Gegner Gelegenheit gegeben werden muß, die Urkunde zu sehen und sich über ihre Echtheit zu erklären. Diesem Zwecke dient die Niederlegung der Urkunde auf der Gerichtsschreiberei oder

Digitized by Google

ihre zeitweilige Ueberlassung an den Anwalt des Gegners (§§ 131, 134, 135, 142).

Die **Beweisaufnahme selbst** geschieht

aa) in der mündlichen Verhandlung dadurch, daß der Beweisführer den Inhalt oder denjenigen Theil der Urkunde, dessen Berücksichtigung er begehrt, vorliest (RG 4, 379; 8, 325); denn würde die Urkunde dem Gericht übergeben und von diesem gelesen, so würde der Grundsatz der Mündlichkeit verletzt. Die Urkunde braucht also dem Gerichte nicht übergeben zu werden; geschieht das dennoch, so kann es nur durch die Absicht motiviert werden, dem Gericht, namentlich bei der bevorstehenden Berathung und Urtheilsabfassung die Festhaltung des Wortlautes der Urkunde zu ermöglichen;

bb) erfolgte die Beweisaufnahme durch einen ersuchten oder beauftragten Richter, so hat dieser von der ganzen Urkunde oder von den in Bezug genommenen Theilen eine Abschrift zu fertigen und zugleich alle Umstände zu protokolliren, welche für die Beurtheilung der Echtheit und des Beweiswerthes der Urkunde wichtig sind. In der mündlichen Verhandlung ist alsdann jedenfalls die Urkundenabschrift von den Parteien zu verlesen.

Hieraus folgt, daß da, wo die Urkunde sich in der Hand des Beweisführers befindet, Beweisantretung und Beweisaufnahme der Regel nach zusammenfallen.

Beweiskraft hat an sich nur die Urschrift der Urkunde. Abschriften können nur dann als Beweismittel verwerthet werden, wenn der Gegner nicht blos die Richtigkeit der Abschrift, sondern auch die Echtheit der Urschrift zugesteht und es sich um ein der Verfügung der Parteien unterliegendes Rechtsverhältniß handelt (vgl. § 617). Oeffentliche Urkunden erscheinen aber im Verkehr nur selten in Urschrift, denn diese muß regelmäßig im Besitze der Behörde verbleiben. Sie wird im Verkehre vertreten durch die sogen. Ausfertigung, welche stets eine als Ausfertigung bezeichnete beglaubigte Abschrift enthält. Die Beglaubigung ist eine öffentliche berichtende Urkunde, welche ein Zeugniß dafür enthält, daß die Abschrift mit der Urschrift übereinstimmt. Die mit diesem Zeugniß versehene, also „beglaubigte Abschrift" einer öffentlichen Urkunde hat regelmäßig dieselbe Beweiskraft wie die Urschrift. Das Gericht kann jedoch Vorlegung der Urschrift oder Glaubhaftmachung der Thatsachen verlangen, welche der

Digitized by Google

Vorlegung der Urschrift entgegenstehen, und entscheidet, wenn dieser Anordnung nicht Folge geleistet wird, nach freier Ueberzeugung über die Beweiskraft der beglaubigten Abschrift.

§ 81. Der Beweis durch Zeugen.

I. Begriff. Zeuge ist, wer eine Thatsache oder einen Zustand wahrgenommen hat und also berichten kann. In diesem Sinne Zeuge ist jeder Mensch unaufhörlich in Bezug auf alle in die Sinne fallenden Vorgänge und alle eigenen Seelenvorgänge. Zeuge im Sinne des Prozeßrechts ist diejenige Person, welche in einem unter anderen Personen geführten Rechtsstreite Begebenheiten und Zustände, welche sie wahrgenommen hat, dem Richter berichtet.

1. Das also, was der Zeuge dem Richter mittheilt, sind Empfindungen, und zwar sinnliche oder seelische. Auch die letzteren können rechtlich erhebliche Thatsachen sein, und dadurch, daß der Zeuge dem Berichte über das, was er gehört oder gesehen, die im gegebenen Falle rechtlich bedeutsame Mittheilung, daß er in seinem Schamgefühl verletzt worden sei oder Angst empfunden habe, anfügt, verliert er nicht die Eigenschaft eines Zeugen (vergl. hierüber noch RG 32, 375).

Ob der Vorgang nur von einer mit besonderer Sachkunde ausgerüsteten Person wahrgenommen werden konnte und von dem Berichterstatter nur mittels dieser Sachkunde wahrgenommen worden ist, ändert daran nichts, daß den Gegenstand der Wahrnehmung ein thatsächlicher Vorgang bildete: der Berichterstatter ist also Zeuge (§ 414), und es ist verwirrend, ihn sachverständigen Zeugen zu nennen. Sobald aber der Berichterstatter aus den von ihm wahrgenommenen Thatsachen mit Hülfe der seiner Wissenschaft angehörenden allgemeinen oder Erfahrungssätze Schlußfolgerungen zieht, ist er insoweit Sachverständiger. Wenn z. B. ein Thierarzt vor Gericht erklärt: „Ich habe die verendete Kuh untersucht und dabei wahrgenommen, daß sie an Milzbrand gelitten hat," so ist er Zeuge; er wird zum Sachverständigen, wenn er hinzufügt: „Diese Krankheit muß schon am 15. März 1900 bestanden haben" (vergl. § 484 BGB), oder: „Sie mußte binnen drei Tagen zum Tode führen," weil er nur vermittelst eines Erfahrungssatzes zu diesem Schlusse gelangen konnte. Die Folge ist,

Digitized by Google

daß der Zeuge sich niemals durch eine andere Person ersetzen läßt, die Person des Sachverständigen aber an sich gleichgültig ist, und daß da, wo der Zeuge zugleich ein Gutachten abgiebt, auch der Sachverständigeneid von ihm erfordert werden muß (RG 6, 3; 20, 394). Diese Unvertretbarkeit erklärt es, daß die Zeugnißpflicht allgemeine und erzwingbare Bürgerpflicht ist (§ 380), während der zum Sachverständigen Ernannte der Ernennung nur dann Folge zu leisten braucht, wenn er zur Erstattung von Gutachten der erforderten Art öffentlich bestellt ist oder wenn er die Wissenschaft, die Kunst oder das Gewerbe, deren Kenntniß Voraussetzung der Begutachtung ist, öffentlich zum Erwerbe ausübt oder wenn er zu deren Ausübung öffentlich bestellt oder ermächtigt ist, endlich aber auch dann, wenn er sich zur Erstattung des Gutachtens vor Gericht bereit erklärt hat (§ 407).

Zeugen vom Hörensagen (testes de auditu) bekunden nur, daß sie eine Thatsachenmittheilung *gehört*, nicht auch daß sie die Thatsache *selbst* wahrgenommen haben. Sie bekunden damit aber häufig ein wichtiges Indiz.

2. Zeuge kann nur ein „Dritter", d. i. genauer ausgedrückt, ein Jeder sein, der nicht in demselben Prozesse als Hauptpartei *auftritt*. Die Fähigkeit, Zeuge zu sein, wird durch die Fähigkeit, den Parteieneid zu leisten, ausgeschlossen. Es folgt hieraus, daß die gesetzlichen Vertreter einer Korporation, sowie die gesetzlichen Vertreter nicht prozeßfähiger Personen nicht Zeugen in den Prozessen der durch sie vertretenen Person sein können (§§ 449, 473 CPO). Die herrschende Lehre aber (insbesondere auch RG 17, 365; 32, 398) nimmt an, daß schlechthin jede Person, über deren Rechte in dem Prozesse unmittelbar entschieden wird, nicht Zeugen in diesem Prozesse sein können, sie schließt daher alle Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft und auch die Kommanditisten der einfachen Kommanditgesellschaft von der Fähigkeit zur Zeugnißablegung aus und kommt zu dem eigenthümlichen Ergebniß, daß die nicht zur Vertretung befugten Gesellschafter weder Zeugen sein noch einen Parteieneid leisten können. Nach der hier vertretenen Auffassung treten diese Gesellschafter nicht als Parteien auf, sie können daher als Zeugen vernommen werden, wennschon sie das Zeugniß als unmittelbar betheiligte Personen ablehnen können. Daher kann in einem

Digitized by Google

Prozesse der Konkursmasse nicht der Konkursverwalter, wohl aber der Gemeinschuldner als Zeuge auftreten (s. oben S. 189, 190).

II. Beweiskraft hat die Aussage des Zeugen dann, wenn der Zeuge die Wahrheit sagen kann und sagen will.

1. Der Zeuge kann die Wahrheit bekunden, wenn er von dem zu bekundenden Vorgange eine der Wirklichkeit entsprechende Vorstellung erlangt und behalten hat. Diese Voraussetzungen sind viel seltener vorhanden als gewöhnlich angenommen wird, und wo sie gegeben sind, leidet der Werth des Zeugenbeweises noch an der weitverbreiteten Schwerfälligkeit in der richtigen und klaren Wiedergabe auch der lebhaftesten Sinneseindrücke, eine Erfahrung, der gegenüber die Neigung der Gerichte, Zeugen durch einen beauftragten oder ersuchten Richter vernehmen zu lassen, nicht recht verständlich ist[1]).

2. Häufig recht schwer zu erkennen ist, ob der Zeuge die Wahrheit sagen will. Die frühere, auf der gesetzlichen Beweistheorie beruhende Lehre hatte eine Reihe von Erfahrungssätzen zum Gesetz erhoben und damit dem Richter eine in vielen Fällen zuverlässige, in sehr vielen Fällen aber versagende Richtschnur an die Hand gegeben. Diese Lehre stellte eine Reihe Verdachtsgründe auf, nannte diejenigen Zeugen, welche von jedem Verdachte, die Wahrheit entstellen zu wollen, frei wären, klassische, alle anderen (mehr oder minder) verdächtige Zeugen und richtete an den Richter das Gebot, daß er nur das als feststehend betrachten dürfe, was von zwei klassischen Zeugen übereinstimmend bekundet würde. Diese Grundsätze hat die CPO trotz des reichen Schatzes von Erfahrung, der sich in ihnen barg, mit Recht fallen lassen, erhalten hat sich nur eine Reihe von Vorschriften darüber, ob ein Zeuge beeidigt oder unbeeidigt zu vernehmen ist.

Denn schon früh hat man den Zeugeneid als ein zweckmäßiges Mittel angesehen, die Glaubwürdigkeit des

[1]) Der Werth des Zeugenbeweises wird häufig natürlich auch durch ungeeignete Fragen beeinträchtigt. Es soll nicht von vornherein gefragt werden, der Zeuge soll vielmehr veranlaßt werden, seine Kenntniß im Zusammenhange anzugeben (§ 396), eine sehr weise Vorschrift. Besonders empfehlenswerth aber ist es, den Zeugen auch aussprechen zu lassen. Nichts ist lästiger und nichts beeinträchtigt so sehr den Erfolg der Vernehmung als die fortwährenden Unterbrechungen des Zeugen durch den vernehmenden Richter.

Digitized by Google

Zeugen zu verstärken, und die CPO (§ 391) schreibt die Beeidigung des Zeugen als Regel vor. Nach ihr ist der Zeugeneid grundsätzlich vor der Vernehmung zu leisten (und von jedem Zeugen einzeln). Das Gesetz will damit den Zeugen von vornherein zur äußersten Gewissenhaftigkeit bei Abgabe der Aussage nöthigen, denn durch den „promissorischen" Eid verspricht der Zeuge, „nach bestem Wissen die reine Wahrheit zu sagen, nichts zu verschweigen und nichts hinzuzusetzen." Nur wenn besondere Gründe obwalten, insbesondere wenn Zweifel über die Zulässigkeit der Beeidigung bestehen, kann diese bis nach Abschluß der Vernehmung ausgesetzt werden. In diesem Falle versichert der Zeuge durch den „assertorischen" Eid, daß er die reine Wahrheit gesagt, nichts verschwiegen und nichts hinzugesetzt habe. Er macht es dem Zeugen möglich, seine Aussage zu berichtigen, und übt deshalb nicht einen so starken Druck auf den Zeugen aus als der Versprechenseid.

Die Beeidigung erfolgt nicht:

a) wenn beide Parteien auf sie verzichten (§ 391 Abs. 2); der Verzicht ist nur in Ehesachen, in Rechtsstreitigkeiten über die Ehelichkeit eines Kindes und in Entmündigungssachen (§§ 617, 641, 670) nicht zulässig, er kann auch stillschweigend erfolgen, indem die Rüge der Nichtbeeidigung unterlassen wird (§ 295), und hat dieselbe Wirkung wie die Beeidigung;

b) wenn sie unzulässig ist. Unbeeidigt sind zu vernehmen (§ 393):

aa) Personen, welche zur Zeit ihrer Vernehmung das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet oder wegen mangelnder Verstandesreife oder wegen Verstandesschwäche von dem Wesen und der Bedeutung des Eides keine genügende Vorstellung haben;

bb) Personen, welche nach dem Strafgesetz unfähig sind, als Zeugen eidlich vernommen zu werden (§ 161 StGB);

cc) ferner Personen, die nicht dem Kampfe mit der durch den Zeugeneid verstärkten Gewissenspflicht zur Angabe der Wahrheit ausgesetzt werden sollen. Es sind dies von den zur Verweigerung des Zeugnisses befugten, gleichwohl aber zur Abgabe des Zeugnisses bereiten Personen: der Verlobte, der Ehegatte, die nahen Verwandten und Verschwägerten

Digitized by Google

der Partei, diejenigen, welche sich oder einer jener Personen durch die Aussage einen unmittelbaren vermögensrechtlichen Schaden verursachen, oder eine Aussage machen müßten, welche ihnen oder jenen Personen zur Unehre gereichen oder die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung zuziehen würde, außerdem aber auch die Personen, welche bei dem Ausgange des Rechtsstreits unmittelbar betheiligt sind (§ 393 Nr. 3, 4; 383 Nr. 1—3, 384 Nr. 1, 2). Unmittelbar betheiligt ist eine Person dann, wenn das zu erwartende Urtheil zugleich eine Entscheidung über eines ihrer Rechte oder eine ihrer Rechtspflichten enthält, daher Mitberechtigte und Mitverpflichtete, sofern sie nicht selbst als Partei auftreten, ferner der Bürge gegenüber dem Hauptschuldner, namentlich aber auch der Cedent gegenüber dem Cessionar in einem Prozesse, der den rechtlichen Bestand der gegen Entgelt abgetretenen Forderung zum Gegenstande hat (vergl. § 437 BGB)[1]).

Diese vom Gesetze besonders hervorgehobenen Fälle des Mißtrauens sind natürlich nicht die einzigen, welche obwalten können. Aber sie sind die einzigen, welche die Beeidigung verbieten: alle anderen Zeugen müssen vereidigt werden, auch wenn der Richter von der Unwahrheit der Aussage überzeugt ist. Das Gericht kann aber auch die nachträgliche Beeidigung der oben cc genannten zur Zeugnißverweigerung berechtigten und der unmittelbar betheiligten Personen anordnen (§ 393 Abs. 2), die zur Zeugnißverweigerung befugten Personen können aber auch den Zeugeneid verweigern.

III. Die Zeugnißpflicht ist eine dem öffentlichen Rechte angehörende, nicht eine der Partei geschuldete privatrechtliche Pflicht. Sie besteht

1) darin, daß der gehörig geladene Zeuge vor dem Richter (dem Prozeßgericht oder dem beauftragten oder ersuchten Richter) erscheint und

2) darin, daß er wahrheitsgemäß aussagt und seine Aussage beeidet.

[1]) Ist zwar bestritten, muß aber für die Fälle festgehalten werden, in welchen aus einem den rechtlichen Bestand der abgetretenen Forderung verneinenden Urtheile ohne weiteres die Regreßpflicht des Cedenten folgt.

Digitized by Google

1. Von der Verpflichtung, an der Gerichtsstätte zu erscheinen, sind nur die im Gesetze (§ 375 Abs. 2) bezeichneten hochgestellten Personen befreit: sie sind durch ein Mitglied des Prozeßgerichts oder durch ein anderes Gericht in ihrer Wohnung zu vernehmen, und auch von der Pflicht, sich zum Zwecke der Vernehmung an einen anderen Ort zu begeben, bestehen für gewisse Personen (§ 382) Befreiungen. Alle anderen Personen sind verpflichtet, an der Gerichtsstelle oder einem anderen Orte vor dem Richter zu erscheinen, sofern sie nicht z. B. durch Krankheit thatsächlich daran verhindert sind, sie sind auch verpflichtet, sich wiederholt vernehmen zu lassen und weite und zeitraubende Reisen zu machen, falls das Gericht ihr Erscheinen vor dem Prozeßgericht für unumgänglich erachtet (§ 375 „kann").

2. Von der eigentlichen Zeugniß- oder Aussagepflicht bestehen Ausnahmen:

a) aus Gründen des Staatswohles für öffentliche Beamte, soweit sie über Umstände vernommen werden sollen, auf welche sich ihre Pflicht zur Amtsverschwiegenheit bezieht. Ihre Vernehmung darf nur mit Genehmigung ihrer vorgesetzten, und falls es sich um nicht mehr im Dienste befindliche Beamte handelt, ihrer zuletzt vorgesetzt gewesenen Dienstbehörde erfolgen; die Genehmigung darf aber nur versagt werden, wenn die Ablegung des Zeugnisses dem Wohle des Reiches oder eines Bundesstaates Nachtheil bereiten würde und ist nicht vom Zeugen, sondern vom Prozeßgericht einzuholen und dem Zeugen bekannt zu machen;

b) aus Billigkeitsrücksichten für Personen, welche in einen Widerstreit zwischen der Gewissenspflicht zur Aussage der reinen Wahrheit und gewissen anderen, vom Gesetze als berechtigt anerkannten Rücksichten, gerathen würden. Diesen Personen giebt das Gesetz ein Zeugnißverweigerungsrecht. Das Recht ist vom Gesetz fest umgrenzt und darf als Ausnahmerecht nicht über diese Grenzen ausgedehnt werden. Berechtigt zur Zeugnißverweigerung sind (§ 383):

aa) der Verlobte einer Partei;

bb) der Ehegatte einer Partei, auch wenn die Ehe nicht mehr besteht;

cc) diejenigen, welche mit einer Partei in gerader Linie verwandt, verschwägert oder durch Annahme an Kindes-

Digitized by Google

statt verbunden (§§ 1757, 1762 BGB) oder in der Seitenlinie bis zum dritten Grade verwandt oder bis zum zweiten Grade verschwägert sind, auch wenn die Ehe, durch welche die Schwägerschaft begründet ist, nicht mehr besteht (vergl. §§ 1589, 1590 BGB)[1];

dd) Geistliche in Ansehung desjenigen, was ihnen bei Ausübung der Seelsorge anvertraut ist;

ee) Personen, welchen kraft ihres Amtes (z. B. des Rechtsanwaltes, Notars), Standes oder Gewerbes (z. B. der Aerzte) Thatsachen anvertraut sind, deren Geheimhaltung durch die Natur dieser Thatsache oder durch gesetzliche Vorschrift geboten ist, in Betreff der Thatsachen, auf welche die Verpflichtung zur Verschwiegenheit sich bezieht.

Die unter aa, bb, cc angeführten Personen sind vor ihrer Vernehmung über ihr Recht zur Zeugnißverweigerung zu belehren; legen sie gleichwohl Zeugniß ab, so verzichten sie nicht etwa mit der Folge auf ihr Recht, daß sie nunmehr der Zeugnißpflicht unterliegen, sondern sie machen nur (wie § 393 Nr. 3 sich ausdrückt) von einem Rechte keinen Gebrauch, sie können daher auch nach begonnener Zeugnißablegung die Fortsetzung der Zeugnißabgabe, sowie die wiederholte Vernehmung ablehnen, sie können aber insbesondere die Ablegung des Zeugeneides verweigern. Denn der Zeugeneid bildet nur einen Theil der Zeugnißpflicht.

Neben der Verweigerung des Zeugnisses überhaupt kennt das Gesetz ein Recht auf Nichtbeantwortung einzelner Fragen. Ein solches besteht (§ 384)

aa) gegenüber Fragen, deren Beantwortung dem Zeugen oder einer Person, gegenüber welcher er ein Zeugnißverweigerungsrecht haben würde (oben aa, bb, cc), einen unmittelbaren, vermögensrechtlichen Schaden zuziehen würde (vergl. hierzu RG 32, 381);

bb) gegenüber Fragen, deren Beantwortung dem Zeugen oder einem jener Angehörigen zur Unehre gereichen oder die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung nach sich ziehen würde. Dabei ist nicht erforderlich, daß die Beantwortung der Frage mit Nothwendigkeit die wirkliche Bestrafung des Zeugen nach sich ziehen muß,

[1]) S. darüber mein bürgerliches Recht Deutschlands. 2. Aufl. S. 636.

Digitized by Google

es genügt, daß der Zeuge durch die Antwort sich der Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung aussetzt (RG 23, 134).

cc) gegenüber Fragen, welche der Zeuge nicht würde beantworten können, ohne ein Kunst- oder Gewerbegeheimniß zu offenbaren.

Die naheſtehenden Perſonen und der Zeuge, welcher einen vermögensrechtlichen Schaden befürchtet, haben das Zeugnißverweigerungsrecht nicht (§ 385):

α) betreffs der Errichtung und des Inhaltes ſolcher Rechtsgeſchäfte, bei deren Errichtung ſie als Zeugen zugezogen waren,

β) über Geburten, Verheirathungen und Sterbefälle von Familiengliedern,

γ) über Thatſachen, welche die durch das Familienverhältniß bedingten Vermögensangelegenheiten betreffen (z. B. Mitgiftverſprechen, eheliches Güterrecht, elterliche Vermögensrechte, geſetzliche Erbrechte und Pflichttheilsrechte),

δ) endlich über diejenigen, auf das ſtreitige Rechtsverhältniß ſich beziehenden Handlungen, welche von dem Zeugen ſelbſt als Rechtsvorgänger oder Vertreter einer Partei vorgenommen ſein ſollen (d. h. nach der Behauptung der beweisführenden Partei).

Die widerrechtliche Verweigerung der Zeugnißpflicht, alſo nicht nur das Nichterſcheinen, ſondern auch das Nichtausſagen oder Nichtſchwören, zieht als Verletzung einer öffentlich-rechtlichen Pflicht, ohne daß es eines Parteiantrages bedarf und ohne daß die Parteien auf dieſe Folgen verzichten könnten, die Verurtheilung des Zeugen in die durch ſein Ausbleiben oder durch ſeine Weigerung verurſachten Koſten, ſowie zu einer Geldſtrafe (bis 300 Mark) und für den Fall, daß letztere nicht beigetrieben werden kann, zur Strafe der Haft (bis 6 Wochen) nach ſich. Im Falle wiederholten Ausbleibens muß die Strafe noch einmal verhängt, und es kann die Zwangsvorführung angeordnet werden; im Falle wiederholter Weigerung aber erfolgt eine abermalige Beſtrafung nicht, ſondern auf Antrag die Anordnung einer Zwangshaft, welche nicht über den Zeitpunkt der Beendigung des Prozeſſes in dieſer Inſtanz und jedenfalls nicht über ſechs Monate hinaus andauern darf. Dieſe Straf- und Zwangsanordnungen unterliegen

Digitized by Google

der (einfachen) Beschwerde, welche keine aufschiebende Wirkung hat (§§ 380, 390, 913, 567, 572). Das Ausbleiben des Zeugen rechtfertigt jene Maßnahmen nur dann, wenn es ein unverschuldetes ist. Der gerichtliche Beschluß, welcher eine jener Maßnahmen ausspricht, ist daher aufzuheben, wenn der Zeuge nachträglich sein Fernbleiben genügend entschuldigt.

Ob die Verweigerung des Zeugnisses (der Aussage oder der Eidesleistung) begründet ist, kann den Gegenstand eines Zwischenstreites zwischen den Parteien auf der einen Seite und dem Zeugen auf der anderen Seite bilden. Will der Zeuge nämlich das Zeugniß verweigern, so hat er die Thatsachen, auf welche er die Weigerung gründet, vor dem zu seiner Vernehmung bestimmten Termine schriftlich oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers, oder in dem Termine mündlich anzugeben und glaubhaft zu machen. Hat er sich vorher erklärt, so hat das Gericht die Parteien von dem Inhalte seiner Erklärung (formlos) zu benachrichtigen; er selbst braucht in dem Termine nicht zu erscheinen. Erkennt nicht nur der Beweisführer, sondern auch der Gegner (§ 399) den Weigerungsgrund an, so wird der Zeuge nicht vernommen. Widerspricht aber auch nur eine Partei der Weigerung des Zeugen, so hat das Gericht nach Anhörung der Parteien und auf Grund mündlicher Verhandlung, für die aber betreffs des Zeugen kein Anwaltszwang besteht, durch Zwischenurtheil über die Rechtmäßigkeit der Weigerung zu entscheiden. In dieser Verhandlung hat der anwesende Zeuge seine Weigerung selbst zu begründen, hat er sich vorher erklärt und ist er nicht erschienen, so hat ein Mitglied des Prozeßgerichts Bericht zu erstatten. Gegen das Zwischenurtheil steht jeder Partei, sofern ihrem Widerspruche nicht stattgegeben worden ist, und dem Zeugen, dessen Weigerung als unrechtmäßig bezeichnet worden ist, die sofortige Beschwerde zu (§§ 386—389, RG 20, 378).

IV. Das Beweisverfahren.

1. Die Antretung des Zeugenbeweises erfolgt durch Benennung des Zeugen und Bezeichnung der Thatsachen, über welche der Zeuge vernommen werden soll, also einfach dadurch, daß die Partei unter Berufung auf einen oder mehrere Zeugen eine Thatsachenbehauptung aufstellt (§ 373).

2. Erachtet das Gericht jene Behauptung für erheblich, so ordnet es die Vernehmung des Zeugen an, und

Digitized by Google

zwar, wenn der Zeuge an der Gerichtsstelle anwesend ist, formlos, und wenn die Beweisaufnahme ein besonderes Verfahren nothwendig macht, also ein besonderer Termin anberaumt und der Zeuge geladen werden muß, durch Beweisbeschluß (§§ 358, 359).

3. Die Vernehmung selbst erfolgt entweder vor dem Prozeßgericht oder vor einem beauftragten oder ersuchten Richter[1]), und zwar entweder an der Gerichtsstelle oder an einem anderen vom Gerichte zu bestimmenden Orte und in dem von dem vernehmenden Gerichte bestimmten Termine. Zu diesem Termine wird der Zeuge durch das Gericht geladen, aber die Ladung bedarf keiner besonderen Anordnung des Richters; sie ist vom Gerichtsschreiber unter Bezugnahme auf den Beweisbeschluß auszufertigen und dem Zeugen von Amtswegen zuzustellen. Die Ladung hat einen vom Gesetze (§ 377) vorgeschriebenen Inhalt, insbesondere muß sie den Gegenstand der Vernehmung enthalten, und zwar entweder durch wörtliche Wiedergabe des Beweisthemas oder durch eine allgemeine Bezeichnung (z. B. „Sie sollen über die Vorgänge bei Errichtung des Testamentes des . . . vernommen werden.“)[2]).

Jeder Zeuge ist einzeln und in Abwesenheit der später abzuhörenden Zeugen zu vernehmen (§ 394). Der Vernehmung geht grundsätzlich voran die Beeidigung (§ 391); die Vernehmung selbst beginnt mit der Befragung des Zeugen über Namen, Alter u. s. w., erforderlichenfalls über solche Umstände, welche seine Glaubwürdigkeit in der vorliegenden Sache betreffen (§ 395). Ueber das Beweisthema selbst soll sich der Zeuge im Zusammenhange auslassen, und erst nachdem er das gethan, sollen ihm zur Aufklärung und Vervollständigung seiner Aussage, sowie zur Erforschung des Grundes, auf welchem seine Wissenschaft beruht, Fragen vorgelegt werden. Die Vernehmung erfolgt durch den Vorsitzenden oder den beauftragten oder ersuchten Richter. Dieser muß den Anwälten und den Beisitzern, er kann auch den Parteien selbst auf Verlangen gestatten, an den Zeugen

---

[1]) Oder im Auslande.

[2]) Befugniß zur Erhebung eines Vorschusses vom Beweisführer § 379. Ladung von Militärpersonen § 378.

Digitized by Google

unmittelbar Fragen zu richten. Zweifel über die „Zulässigkeit" einer Frage entscheidet das Gericht. Unzulässig aber ist sie nicht nur dann, wenn der Zeuge die Antwort verweigern dürfte, sondern auch dann, wenn sie sich nicht in den Grenzen des Thatsächlichen bewegt oder wenn sie nicht im Zusammenhange mit dem Beweissatze steht. Dagegen steht das Urtheil über die Sachdienlichkeit einer Frage ausschließlich dem Fragenden zu (§§ 395 bis 398).

Vernehmung und Fragen erfolgen mündlich. Geschieht also die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgericht, so vernimmt dieses die Aussagen unmittelbar, während die Aussagen der von einem ersuchten oder beauftragten Richter vernommenen Zeugen dadurch zur Kenntniß des Prozeßgerichts gelangen, daß die Parteien das Ergebniß der Beweisaufnahme auf Grund der Protokolle vortragen.

Stehen Aussagen verschiedener Zeugen mit einander im Widerspruch, so können die Zeugen einander gegenübergestellt, d. h. zu einer wechselseitigen Erörterung veranlaßt werden. Endlich kann das Gericht die wiederholte Vernehmung eines Zeugen anordnen, insbesondere also seine Ladung vor das Prozeßgericht beschließen, nachdem seine Vernehmung durch den beauftragten oder ersuchten Richter stattgefunden hatte (§§ 394, 398).

4. Wie die Benennung von Zeugen, so liegt auch der Verzicht auf einen vorgeschlagenen Zeugen im Ermessen des Beweisführers. Ist aber ein Zeuge erschienen, so kann trotz des Verzichtes des Beweisführers der Gegner die Vernehmung oder deren Fortsetzung verlangen (§ 399).

Der publizistischen Natur der Zeugnißpflicht entspricht es, daß der Zeuge gegen die Staatskasse einen Anspruch auf Entschädigung für Zeitversäumniß und auf Erstattung der ihm durch eine Reise verursachten Kosten hat (§ 401).

§ 82. Der Parteieneid. Allgemeines.

Nach gegenwärtigem Prozeßrecht (§ 286) kann der Richter eine von der einen Partei einfach behauptete, von der anderen Partei bestrittene Thatsache ohne Beweisaufnahme als feststehend verwerthen. Immerhin bildet ein so großes Maß von Vertrauen in die Wahrhaftigkeit einer Partei eine Ausnahme, die stets besonderer Begründung bedarf. Bindend für den Richter aber ist der ihm von einer

Digitized by Google

Partei erstattete Thatsachenbericht dann, wenn er durch den Parteieneid bekräftigt wird.

In Uebereinstimmung mit dem gemeinen Rechte verwendet die CPO den Parteieneid (von dem oben S. 277 erwähnten Editionseid abgesehen)

a) als von der einen der anderen Partei zugeschobenen,

b) als einer Partei vom Richter auferlegten Eid.

Obgleich die CPO beide Eide als Beweismittel und im wesentlichen gleich behandelt (§ 477), besteht zwischen beiden doch ein prinzipieller Unterschied. In jedem Falle ist der Eid eine feierliche Anrufung Gottes, daß das unter dieser Feierlichkeit Behauptete wahr sei. Daher beginnt der Eid mit den Worten:

„Ich schwöre bei Gott dem Allmächtigen und Allwissenden" und schließt mit den Worten: „So wahr mir Gott helfe" (§ 481); der Schwörende soll bei der Eidesleistung die rechte Hand erheben (§ 482).

Die Eidesleistung ist daher eine religiöse Handlung, die dem Zwecke der Wahrheitserforschung dienstbar gemacht ist, und zwar ist sie das äußerste Mittel, die Wahrheit festzustellen. Da auch die beste Rechtsordnung gegenüber der Lüge machtlos bleibt, ist die Pflicht, wenigstens im Eide die Wahrheit zu sagen, auch als Rechtspflicht anerkannt und daher sowohl die wissentliche als auch die fahrlässige Verletzung der Eidespflicht unter Strafe gestellt (§§ 153—163 StGB).

Man nennt Eidesformel „dasjenige, was der Schwörende bei der Eidesleistung zu sprechen hat" (Fitting), also jene Eingangs- und Schlußworte nebst der durch diese eingeschlossenen Eidesnorm, d. h. der zu beschwörenden Behauptung (z. B. „ich habe dem Beklagten am 24. Oktober 1900 den Betrag von 300 Mark gegeben"). Regelmäßig wird der Eid in der Weise geleistet, daß der Schwörende die ihm vom Richter vorgesprochene Eidesformel nachspricht; ist aber die Eidesnorm von großem Umfange, so kann diese dem Schwörenden vorgelesen werden, während er selbst nur jene Eingangs- und Schlußworte nebst einem Hinweise auf das Verlesene spricht[1]).

[1]) Z. B. „Ich schwöre bei . . . ., daß die mir soeben vorgelesene Erklärung wahr ist. So wahr . . . .". Besondere Formen sind zugelassen für gewisse hochgestellte Personen (§ 482 Abs. 3), für Stumme (§ 483) und Mitglieder gewisser Religionsgesellschaften (§ 484).

Digitized by Google

Die Eidesnorm festzustellen, ist eine der schwierigsten Aufgaben des Richters. Denn die Norm soll das Beweisthema vollständig umfassen, aber nicht durch Aufnahme zu vieler Einzelheiten das Gewissen des Schwörenden zu stark belasten; sie soll nur „Thatsachen" enthalten und also Begriffe, mit denen der Schwörende einen anderen Sinn verbinden könnte, als der Richter damit verknüpft, vermeiden; sie soll dem Schwörenden verständlich sein und der gewissenlosen Partei alle Vorbehalte und jedes Ausweichen verlegen.

Der Eid ist entweder ein Wahrheitseid, wenn die Partei die festzustellende Thatsache selbst beschwört, z. B. wenn sie den Eid dahin leistet: „Ich schwöre . . .: Ich habe bei Ausstellung der Quittung vom 7. Mai 1900 dem Kläger erklärt, daß mit dem gezahlten Betrage mein Anspruch nicht befriedigt sei." Er ist ein Ueberzeugungseid, wenn die Partei nur ihre Ueberzeugung oder Nichtüberzeugung von dem Vorhandensein oder Nichtvorhandensein einer Thatsache beschwört. Leider hat es das mit dem Grundsatze der freien Beweiswürdigung nicht verträgliche, für die heutige Zeit nicht mehr passende äußerst formalistische Eidesrecht der CPO nothwendig gemacht, auch den Ueberzeugungseid zuzulassen und mit bindender Kraft auszustatten (§ 459).

§ 83. Der zugeschobene Eid.

Mit Unrecht bezeichnet die CPO diesen Eid, indem sie von einem Beweise durch Eid spricht, als ein Beweismittel, denn der Gebrauch des Eides verfolgt nur den gleichen Zweck wie die Beweisführung, nämlich die Feststellung beweisbedürftiger Thatsachen, der Zweck wird aber nicht auf dem Wege der Herstellung richterlicher Ueberzeugung, sondern mittels einer den Richter bindenden Parteiwillenserklärung erreicht. Und nur wenn eine solche Willenserklärung nicht zu erreichen ist, tritt der Eid in die Reihe der bloßen Beweismittel (§ 472 Abs. 2, 474 CPO).

I. Der Eid dient der Feststellung von Thatsachen, welche der Feststellung bedürfen.

1. Nur Thatsachen können den Gegenstand der Eidesleistung bilden[1]). Das moderne Recht verlangt von

[1]) Darum sind die meisten Eide, welche dahin lauten: „Ich schwöre . . ., der Beklagte hat sich mit mir berechnet und dabei anerkannt, mir 70 Mark schuldig zu sein," unrichtig gefaßt. Was nennt die Partei Anerkenntniß? Hat sie vielleicht bloßes Schweigen als solches aufgefaßt?

Digitized by Google

der Partei nur, daß sie dem Richter die Thatsachen mittheile, welche die Unterlage für die Anwendung eines Rechtssatzes bilden, vom Richter aber verlangt es die Beurtheilung dieser Thatsachen und damit die Anwendung von Erfahrungs-[1]) und von Rechtssätzen. Und mit Recht. Denn nur bei dieser Vertheilung ist eine Sicherheit für unparteiische und objektive Beurtheilung gegeben. Es folgt hieraus aber, daß das Gesetz (§ 445) den Eid in demselben Maße zu einem Thatsachenbericht machen will als die Aussage des Zeugen ein Thatsachenbericht ist. Hieraus ergiebt sich weiter, daß Gegenstand der Eidesleistung alles sein kann, was zur sinnlichen oder seelischen Empfindung der Partei gelangt ist, was sie also als thatsächlichen Vorgang dem Richter mittheilen *kann*. Mit Recht zählt daher die herrschende Meinung (und mit ihm das RG) auch die sogen. *inneren* Thatsachen wie das Wissen oder Wollen zu den Gegenständen des Parteieneides. Ausgeschlossen sind also Erfahrungs- und Rechtssätze, gleichviel ob ein solcher Satz selbst Gegenstand der Eidesleistung oder ob die Eidesleistung nur auf Grund von Schlußfolgerungen aus solchen möglich ist. Zweifellos würde also z. B. ein Eid, daß Kartoffeln bei einem gewissen Kältegrade erfrieren, ebenso unzulässig sein wie ein Eid dahin: „Meine Krankheit ist durch die Feuchtigkeit der Wohnung verursacht worden," weil der Schwörende diesen ursächlichen Zusammenhang nur auf Grund allgemeiner Sätze annehmen kann; unzulässig ist ferner jeder Eid, der nicht ganz einfache, gerade dieser Partei geläufige Rechtsbegriffe enthält (RG 7, 1)[2]).

2. Der Eid kann

a) gebraucht werden nur dann, wenn eine für die Entscheidung des Rechtsstreits *erhebliche* Thatsache von der einen Partei behauptet und von der andern bestritten ist; es steht den Parteien nicht frei, eine sie interessierende, aber für den anhängigen Prozeß gleichgültige Thatsache durch Eid festzustellen, der Eid darf

[1]) Ueber die Entlehnung von Erfahrungssätzen aus der besonderen Sachkunde anderer Personen s. oben S. 281.

[2]) Die Judikatur ist sehr reichhaltig. RG 15, 337; 25, 181 u. a.

Digitized by Google

auch nicht als ein Mittel verwendet werden, den Prozeßgegner zu einer Auskunftsertheilung zu nöthigen, zu der er civilrechtlich nicht verpflichtet ist (S. A. 49, 110).

b) Die Eideszuschiebung ist nur dann zu berücksichtigen, wenn sie von der beweispflichtigen Partei ausgeht, ein Satz, dessen nothwendige Folge § 447 ausspricht, indem er bestimmt, daß eine nicht beweispflichtige Partei durch Eideszuschiebung nicht die Beweispflicht übernimmt. Wird ein Eid von der nicht beweispflichtigen Partei gefordert und geleistet, so hat er nicht die bindende Wirkung, die ihm § 463 beilegt (RG 17, 334), hieraus folgt aber nicht, daß ihm jeder Einfluß auf die richterliche Ueberzeugung versagt ist.

c) Endlich ist die Eideszuschiebung über eine Thatsache, deren Gegentheil das Gericht für erwiesen erachtet, unzulässig (§ 446). Denn über sie herrscht beim Gericht bereits Gewißheit, das Ziel eines jeden Beweises[1]). Wie das Gericht zu dieser Gewißheit gelangt ist, ob auf Grund der Verhandlung oder einer Beweisaufnahme, ist gleichgültig (§ 286 CPO, RG 18, 163)[2]).

II. Die Feststellung und die Widerlegung der unter Eideszuschiebung behaupteten Thatsachen erfolgt keineswegs durch die Ueberzeugungskraft einer eidlichen Erklärung, sondern auf Grund von bindenden und also jede Prüfung ausschließenden Willensakten der Parteien.

Wer eine thatsächliche Behauptung aufstellt und dem Gegner, der diese Behauptung bestreitet, den Eid zuschiebt (anträgt, deferirt), erklärt damit seinen Willen, seine Behauptung solle nicht als Urtheilsgrundlage verwerthet werden, wenn der Gegner das Gegentheil jener Behauptung beschwören sollte.

Ist der Eid in zulässiger Weise angetragen, so hat die Gegenpartei sich darüber zu erklären, ob sie den Eid annehme oder zurückschiebe (§ 452).

Nimmt sie den Eid an, so erklärt sie damit, den Eid leisten, d. i. das Gegentheil dessen, was der Beweisführer behauptet, beschwören zu wollen. Es stehen sich dann zwei

---

[1]) Bedenklich RG 15, 374, wo das Vorhandensein einer gesetzlichen Beweisregel dem „erwiesen erachtet" gleichgestellt ist.

[2]) Daher reicht bloße Wahrscheinlichkeit nicht aus. RG 5, 429.

Digitized by Google

einander ausschließende, gleichwerthige Erklärungen gegenüber, und es handelt sich nur noch darum, ob die vom Beweisführer seiner Erklärung beigefügte Bedingung eintreten, d. h. also, ob der Gegner den Eid leisten wird oder nicht.

Nimmt die Partei den Eid nicht an, so läßt sie den ernstlichen Widerspruch gegen die durch den Eidesantrag verschärfte Behauptung fallen. Denn jede Behauptung erfährt dadurch, daß sie unter Eideszuschiebung aufgestellt ist, eine Steigerung ihrer Ernstlichkeit und damit ihres Werthes. Durch einen einfachen, also minderwerthigen Widerspruch wird eine solche Behauptung nicht entkräftet. Wird also der Eid nicht angenommen oder auf die Eideszuschiebung keine oder eine unzulässige Erklärung abgegeben, so wird der Eid als verweigert angesehen (§§ 452, 455), und die Folge davon ist, daß die Behauptung des Beweisführers für den Richter feststeht.

Wird der Eid nicht angenommen, sondern dem Beweisführer zurückgeschoben, erklärt also der Gegner, daß er von der Befugniß, das Gegentheil des Beweisthemas zu beschwören, keinen Gebrauch machen wolle, aber die eidliche Erhärtung des Beweisthemas durch den Beweisführer verlange, so wird damit die Ernstlichkeit der Behauptung des Beweisführers auf die Probe gestellt. Leistet nämlich der Beweisführer den zurückgeschobenen Eid, so stellt er damit die Bedingung her, unter welcher die von ihm behauptete Thatsache als Urtheilsgrundlage dienen sollte. Leistet er den Eid nicht, so zeigt er, daß seine Behauptung nur scheinbar jenen gesteigerten Ernst besaß, folglich auch durch einfachen Widerspruch beseitigt werden konnte.

Ist der Eid angenommen, so fragt es sich, ob er geleistet oder verweigert werden wird. Wird er verweigert, so ist die Bedingung hergestellt, unter welcher die vom Beweisführer behauptete Thatsache als feststehend gelten soll; wird er geleistet, so ist die Bedingung gegeben, unter welcher die entgegengesetzte Behauptung feststehen soll. Dem Richter steht nicht das Recht zu, in jenem Falle die Gründe der Weigerung zu untersuchen, in diesem Falle die Wahrheit des geleisteten Eides zu prüfen: diese oder jene Thatsache steht aus dem Grunde für ihn fest, weil die Parteien es so gewollt haben. Hieraus folgt:

1) Ein Gegenbeweis gegen den geleisteten Eid ist in dem schwebenden Prozesse grundsätzlich ausgeschlossen. Ist

Digitized by Google

aber die Eidespflicht verletzt worden, so ist auch das Vertrauen, das dem Schwörenden geschenkt war, verletzt und jener Willenserklärung der anderen Partei die selbstverständliche Grundlage entzogen. Die verletzte Partei muß also ein Mittel haben, die nachtheiligen Folgen des unwahren Eides auf das künftige Urtheil zu verhüten oder den durch das erlassene Urtheil herbeigeführten Zustand des Unrechts wieder zu beseitigen. Dieses Mittel ist ihr aber nur dann gegeben, wenn der Schwörende wegen Verletzung der Eidespflicht rechtskräftig verurtheilt oder wenn diese Verurtheilung aus anderen Gründen als aus Mangel an Beweis unmöglich ist (§§ 463 Abs. 2, 580 Nr. 1, 581). So lange also in dem Civilprozesse, in welchem der Eid geleistet wurde, jener Nachweis noch möglich ist, kann er auch in diesem Prozesse noch geführt werden, und er besteht in dem besonderen, natürlich vom Beweisführer nachzuweisenden Falle, daß die Durchführung des Strafverfahrens aus einem zufälligen Grunde unmöglich war, allerdings in einem einfachen Gegenbeweise gegen die eidlich versicherte Behauptung. Ist das auf dem falschen Eide beruhende Urtheil aber rechtskräftig, so kann nur im Wege der Restitutionsklage geholfen werden (§§ 580 Nr. 1, 581).

2) Die Verweigerung der Eidesleistung kann, sie mag Gründe haben, welche sie wolle, nicht widerrufen werden (§§ 533); sie stellt das Gegentheil der zu beschwörenden Thatsache fest.

3) Wird dem Schwurpflichtigen die Eidesleistung von seinem Gegner erlassen, so hat das dieselbe Wirkung, als ob der Eid geleistet worden wäre (§ 464 Abs. 1), denn es hängt vom Willen der Partei ab, ihre Behauptung aufzugeben, auch wenn der Akt der Eidesleistung nicht vorgenommen wird.

Diese Rechtsnatur des zugeschobenen Eides hat zur Folge, daß er überall da unanwendbar ist, wo ein der Verfügungsmacht der Parteien entzogenes Verhältniß den Gegenstand des Streites bildet (§§ 617, 640, 641, 670 ff.). Denn es würde damit den Parteien in der Eideszuschiebung z. B. über eine die Nichtigkeit einer Ehe begründende Thatsache und der vorher vereinbarten Verweigerung der Eidesleistung ein Mittel an die Hand gegeben, ihre Ehe beliebig als nichtig oder als gültig zu behandeln.

Digitized by Google

Aber auch in den Fällen zulässiger Eideszuschiebung treten jene auf dem Parteiwillen beruhenden Wirkungen nur dann ein, wenn es unzweifelhaft ist, daß die gesetzte Bedingung eingetreten oder nicht eingetreten ist. Dies ist

a) dann der Fall, wenn nur eine Person schwurpflichtig ist und diese den Eid annimmt, leistet oder verweigert. Nothwendige Streitgenossen können einen Eid zu- oder zurückschieben nur durch übereinstimmende Erklärung (§ 472 Abs. 1). Ist aber der von allen oder von einigen Streitgenossen zu leistende Eid von einem oder von mehreren Genossen, oder ist der von einem Theile der Streitgenossen zu leistende Eid von allen Schwurpflichtigen verweigert oder als von ihnen verweigert anzusehen, so ist es zweifelhaft, ob eine die Bedingung setzende Erklärung erfolgt ist. Die Folge ist, daß auch keine für den Richter bindende Feststellung getroffen ist, sondern daß dieser nun zu prüfen hat, ob aus dem Verhalten der Streitgenossen auf die Wahrheit dieser oder jener Behauptung geschlossen werden kann. Die eidliche Erklärung einzelner Streitgenossen ist also hier Ueberzeugungsmittel.

b) Bei der Wichtigkeit und Unwiderruflichkeit der Eidesweigerung bedarf es der unzweifelhaften Feststellung, ob in der That eine Weigerung vorliegt. Denn die Eidesverweigerung kann ausdrücklich oder in der Weise geschehen, daß der Eid nicht geleistet wird.

Der Eid wird nämlich auch dadurch verweigert, daß der Schwurpflichtige in dem zur Eidesleistung bestimmten Termine nicht erscheint. Die CPO (§ 465) bedient sich des Ausdruckes, der Eid sei als verweigert „anzusehen", obwohl es einer Fiktion gar nicht bedarf, denn da der Eid in dem Termine, der hierzu bestimmt ist, nicht geleistet wird, so tritt einfach die Folge des Nichthandelns ein: die vom Gegner behauptete „Thatsache" wird nicht widerlegt. Diese Folge tritt aber auch nur dann ein, wenn der Gegner ihren Eintritt will, d. h. wenn er einen dahin gehenden Antrag stellt.

aa) Steht der Termin vor dem Prozeßgericht an, so ist zu unterscheiden:

α) Es erscheint weder der Schwurpflichtige noch ein Vertreter für ihn, also im Anwaltsprozeß auch der Anwalt nicht: hier kann der Gegner wählen, ob er aus der Eidesversäumniß oder aus der Verhandlungsversäumniß Rechte

Digitized by Google

herleiten will. Im ersteren Falle steht nur die nicht durch Eid widerlegte Behauptung fest, und es ist, nachdem eine Frist von einer Woche verstrichen ist, weiter zu verhandeln. Im zweiten Falle kann der Gegner Erlaß des Versäumnißurtheils in der Hauptsache beantragen. Der Schwurpflichtige hat aber in diesem zweiten Falle die Befugniß, Einspruch einzulegen und in dem nächsten Verhandlungstermine den Eid zu leisten, denn dieser gilt dann noch nicht als verweigert (§ 465).

β) Es bleibt nur der Schwurpflichtige aus: in diesem Falle liegt nur die Eidesversäumniß, nicht auch die Verhandlungsversäumniß vor. Verlangt also der Gegner des Schwurpflichtigen, daß die Folge der Eidesversäumniß eintrete, so ist zur Hauptsache zu verhandeln und dabei davon auszugehen, daß nunmehr die nicht eidlich widerlegte Behauptung feststeht. Das Gesetz nimmt aber auf die Möglichkeit Rücksicht, daß der Schwurpflichtige am Erscheinen verhindert war, und giebt ihm deshalb den an eine Nothfrist von einer Woche (vom Termine ab) geknüpften Rechtsbehelf, die nachträgliche Eidesabnahme zu beantragen (§ 466)[1]. Die Verhandlung zur Hauptsache leidet daher doch an der Ungewißheit, ob nicht die Eidesleistung dennoch erfolgen wird. Das Gesetz verbietet daher die Verkündung des auf diese Verhandlung etwa gefaßten Beweisbeschlusses oder beschlossenen Urtheils, vielmehr ist die Verkündung auf länger als eine Woche auszusetzen. Wird dann die nachträgliche Eidesabnahme rechtzeitig beantragt, so fällt der Verkündungstermin als solcher weg, es ist vielmehr Termin zur Eidesleistung und mündlichen Verhandlung anzuberaumen. War das Gericht dagegen weder zu einem Urtheil noch zu einem Beweisbeschlusse gelangt[2] und die nachträgliche Eidesleistung rechtzeitig beantragt, so ist der nächste Verhandlungstermin ohne weiteres auch Eidesleistungstermin (§ 467 Abs. 1).

bb) Sollte die Eidesleistung vor einem ersuchten oder beauftragten Richter erfolgen, und beantragt der im Termine ausgebliebene Schwurpflichtige nachträgliche Eidesab-

[1] Kann vor dem Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden, also kein Anwaltszwang.

[2] Es ist z. B. Vertagung erfolgt.

Digitized by Google

nahme, so ist zu diesem Zweck ein neuer Termin anzuberaumen (§ 467 Abs. 2).

Der Rechtsbehelf des Antrages auf nachträgliche Eidesabnahme steht dem Schwurpflichtigen nur einmal zu: erscheint er auch in dem zweiten Termine nicht, so steht die gegnerische Behauptung unwiderruflich fest; es kann dann also das Urtheil oder der Beweisbeschluß sofort verkündet werden.

III. Der zugeschobene Eid ist also nichts weniger als ein Beweismittel. In den meisten Fällen einer Nothlage entsprungen, beabsichtigt die Eideszuschiebung auch nicht die Eidesleistung des Gegners herbeizuführen, vielmehr will sie den Gegner zur Rückschiebung oder zu einem Geständniß nöthigen. Diese Nöthigung erreicht gerade bei Personen mit zartem Gewissen am leichtesten ihr Ziel, während Personen mit weitem Gewissen den Eid als willkommene Gelegenheit benutzen, den Prozeß zu ihren Gunsten zu wenden. Das Verlangen, den Prozeß zu gewinnen, und die durch den Streit entfesselte Leidenschaft führen erfahrungsmäßig bei vielen Personen dahin, daß sie in dem Glauben an ihr Recht nicht eingehend genug prüfen, ob sie die in der Eidesnorm bezeichnete Thatsache beschwören können. Diese Erfahrungen haben, wie schon in früheren Prozeßgesetzen, so auch in der CPO zu einer Reihe von Vorschriften geführt, welche die Eideszuschiebungen und die Eidesleistungen auf ein möglichst geringes Maß einschränken sollen.

1. Die Zulässigkeit der Eideszuschiebung ist beschränkt auf Thatsachen, welche in Handlungen des Gegners, seiner Rechtsvorgänger oder Vertreter bestehen oder welche Gegenstand der Wahrnehmung dieser Personen gewesen sind. Das Gesetz (§ 445) geht dabei davon aus, daß die Partei von diesen Thatsachen Kenntniß hat oder erlangen kann, es kann aber nicht hindern, daß in sehr zahlreichen Fällen Ueberzeugungseide zugelassen werden müssen. Das Gesetz (§ 459) macht in dieser Beziehung einen Unterschied zwischen solchen Thatsachen, die der Schwurpflichtige wissen oder über welche er sich eine positive Ueberzeugung verschaffen muß, und solchen, die er wissen oder erfahren kann.

a) Zu jenen Thatsachen gehören grundsätzlich die eigenen Handlungen des Schwurpflichtigen sowie diejenigen Thatsachen, die Gegenstand seiner eigenen Wahrnehmung

Digitized by Google

gewesen sind. Aber auch innerhalb dieses Gebietes wird unterschieden:

aa) Hatte der Schwurpflichtige selbst diese Thatsache behauptet, so muß er den Wahrheitseid leisten; denn wollte er erklären, daß er von dieser Thatsache keine sichere Kenntniß habe, so würde er damit sagen, daß er diese Thatsache nicht mit Sicherheit behaupten könne. Wendet z. B. der Beklagte gegen die auf Zahlung gerichtete Klage ein, daß er die geforderte Summe vor längerer Zeit bezahlt habe, und wird ihm der hierüber dem Kläger zugeschobene Eid zurückgeschoben, so kann der Beklagte jetzt nicht mit der Erklärung kommen, daß er sich der Zahlung doch nicht mehr genau entsinnen könne und daher nur seine Ueberzeugung beschwören könne: er muß vielmehr den Eid dahin leisten:

„Ich schwöre . . ., es ist wahr, daß ich . . . bezahlt habe[1])."

bb) Hatte der Gegner des Schwurpflichtigen eine Thatsache dieser Art behauptet, so kann dem Schwurpflichtigen nachgelassen werden, seine Ueberzeugung zu beschwören, vorausgesetzt, daß ihm nach den Umständen des Falles der Wahrheitseid nicht zugemuthet werden kann. Aber auch in diesem Falle muß der Schwurpflichtige sich eine positive Ueberzeugung bilden können, und diese muß er beschwören. Hatte z. B. der Kläger unter Eideszuschiebung behauptet, der Beklagte habe vor mehreren Jahren einmal gesprächsweise geäußert, daß eine Kündigungsfrist von einem Monate bedungen sei, so kann der Beklagte wohl mit Recht sagen, daß ihm jetzt nicht zugemuthet werden könne, die Unwahrheit der klägerischen Behauptung zu beschwören, er hat aber die Pflicht, alle Mittel anzuwenden, durch welche er sich wenigstens die Ueberzeugung davon verschaffen kann, daß er jene Aeußerung nicht gethan. Er schwört daher:

„Ich schwöre . . . ., ich habe nach sorgfältiger Prüfung und Erkundigung die Ueberzeugung er-

[1]) Oder: „Ich schwöre . . . . Ich habe an den Kläger den eingeklagten Betrag bezahlt." Die Worte: „es ist wahr" oder „es ist nicht wahr", sind unnöthig und erschweren manchen Personen das Verständniß der Eidesnorm.

Digitized by Google

langt, daß ich vor drei Jahren in einem Gespräche mit . . . . nicht geäußert habe, es sei . . . . eine Kündigungsfrist von einem Monate bedungen."

b) Alle anderen Thatsachen, d. h. alle, die nicht in Handlungen des Schwurpflichtigen bestehen und nicht Gegenstand seiner Wahrnehmung gewesen sind, kann der Schwurpflichtige erfahren; er hat daher auch in Bezug auf diese die Pflicht sorgfältiger Prüfung und Erkundigung, aber da diese Mittel nicht absolut sichere Kenntniß, sondern höchstens eine Ueberzeugung begründen können, möglicherweise aber auch hierzu nicht ausreichen, so ist der Eid immer ein Ueberzeugungseid und lautet daher entweder dahin, daß der Schwurpflichtige sich von der Wahrheit einer Behauptung überzeugt, oder daß er sich von der Wahrheit einer Behauptung nicht überzeugt habe.

Da die Zurückschiebung des Eides der selbständigen Zuschiebung gleichsteht, ist auch sie nur zulässig, wenn die Zuschiebung zulässig sein würde. Die Zurückschiebung ist aber auch noch durch die Rücksicht auf Vermeidung bloßer Ueberzeugungseide beschränkt und daher nicht statthaft, wenn die Partei, welcher der Eid zugeschoben ist, nicht aber die Gegenpartei ihre eigene Handlung oder Wahrnehmung zu beschwören haben würde (§ 448).

Indessen können die Bestimmungen über Zulässigkeit der Eideszuschiebung und Zurückschiebung vom Gericht unbeachtet gelassen werden, wenn die Parteien erklären, daß sie in Betreff des zu leistenden Eides einig sind und der Eid sich nur auf Thatsachen bezieht (§ 450). Diese Steigerung der Willensmacht der Parteien kann sogar zur Eideszuschiebung an einen Dritten führen (§§ 450, 449). Wie schon oben (S. 295) erwähnt, ist die Eideszuschiebung über eine Thatsache, deren Gegentheil das Gericht für erwiesen erachtet, unzulässig.

2. Der Eid gilt als äußerstes und letztes Feststellungsmittel. Die Folge ist, daß wenn der Beweisführer für die unter Eideszuschiebung aufgestellte Behauptung oder der Gegner für den Nachweis des Gegentheils, also für die zu beschwörende Thatsache, vor der Eidesleistung sich auf andere Beweismittel berufen[1]), zunächst diese Beweismittel

[1]) Letzterer Fall — Gegenbeweis — ist die sogen. Gewissensvertretung (probatio pro exoneranda conscientia).

Digitized by Google

herangezogen werden müssen und die Eideszuschiebung nur für den Fall Geltung behält, daß der beabsichtigte Beweis durch jene Beweismittel nicht geführt wird (§ 453). Es kann daher kommen, daß das Gericht auf einen vom Beweisführer zu leistenden richterlichen Eid erkennt (s. nächsten §). Ja es tritt für den Gegner die Pflicht zur Erklärung auf die Eideszuschiebung erst ein, nachdem der Beweisführer nach Aufnahme oder Erledigung der anderen Beweismittel die Eideszuschiebung wiederholt, und hatte er eine Erklärung auf den Eid bereits abgegeben, so kann er sie widerrufen, er kann also z. B. die Zurückschiebung widerrufen und jetzt die Annahme des Eides erklären (§ 454).

3. Gewisse den Eid betreffende Erklärungen der Parteien können widerrufen werden.

a) Die Eideszuschiebung kann bis zur Eidesleistung unbedingt widerrufen werden; damit giebt freilich der Beweisführer die Möglichkeit dieser Art der Thatsachenfeststellung auf. Sie kann ferner bedingt, d. h. für den Fall des Gelingens einer anderen Beweisführung widerrufen werden (s. oben unter Nr. 2).

b) Die Eidesannahme unterliegt dem Widerruf nur beim Vorbringen anderer Beweismittel (§ 454 in Verbindung mit dem nicht korrekt gefaßten § 458).

c) Die Zurückschiebung kann nur widerrufen werden (§§ 454, 457, 458):

aa) im Falle der Geltendmachung anderer Beweismittel,

bb) wenn der Schwurpflichtige nach der Zurückschiebung wegen wissentlicher Verletzung der Eidespflicht rechtskräftig verurtheilt wird oder wenn glaubhaft gemacht wird, daß der andere Theil erst nach erfolgter Zurückschiebung von einer früher erfolgten Verurtheilung gleicher Art erfahren hat.

Diese zuletzt (bb) genannte Thatsache enthält eine so völlige Erschütterung des in die Wahrheitsliebe der anderen Partei gesetzten Vertrauens, daß der Widerruf der Zurückschiebung und auch der der Zuschiebung noch geschehen kann, nachdem das auf die Eidesleistung erkennende Urtheil bereits rechtskräftig geworden ist (§ 470).

4. Die Frage nach der Erheblichkeit und der Norm des Eides soll möglichst eingehend erwogen werden und mit der Eidesleistung oder Eidesweigerung der Prozeß beendet sein. Daher spricht die CPO in § 460 das Gebot aus: „Auf

Digitized by Google

die Leistung eines Eides ist durch bedingtes Endurtheil zu erkennen." Es folgt hieraus, daß die durch Beweisbeschluß oder bedingtes Zwischenurtheil gegebene Anordnung, einen Eid zu leisten, unzulässig ist und daß also die in Folge unzulässiger Anordnung erfolgte Eidesleistung nicht die im Gesetze an die Eidesleistung geknüpften Wirkungen hat. Unterläßt aber die Partei die sofortige Rüge, so muß sie auch in der höheren Instanz die Folgen der Eidesleistung gegen sich gelten lassen[1]). Aber jener Grundsatz enthält nur die Regel. Er gewährleistet eingehende Prüfung der Erheblichkeit und der Fassung des Eides in vielleicht mehreren Instanzen und trägt der Subsidiarität der Eideszuschiebung Rechnung, da vor Erlaß des Urtheils jede andere Beweiserhebung erledigt sein muß. Die Regel hat aber eine Reihe von Ausnahmen:

a) Die Anordnung kann durch Beweisbeschluß erfolgen,
   aa) wenn die Parteien über Erheblichkeit und Norm des Eides einverstanden sind; denn in diesem Falle vereinfacht sich die Prüfung dieser Fragen durch das Gericht, und jedenfalls fällt jeder Anlaß fort, den Parteien das Recht auf Anrufung einer höheren Instanz zu geben;
   bb) wenn der Eid zur Erledigung eines Zwischenstreites dient, weil die Entscheidung der Hauptsache regelmäßig von der Entscheidung des Zwischenstreites abhängt, also nicht durch dasselbe Urtheil erfolgen kann.
b) Die Anordnung kann durch Beweisbeschluß oder bedingtes Zwischenurtheil erfolgen, wenn die Entscheidung über ein einzelnes selbständiges Angriffs- oder Vertheidigungsmittel von dem Eide abhängt, auch wenn die Parteien über die Erheblichkeit oder die Norm des Eides nicht einverstanden sind. Denn wollte hier das Gericht durch bedingtes Endurtheil entscheiden, so müßte es das Urtheil über den Eid bis nach Erledigung des ganzen Streitstoffes aufschieben und würde also den Vortheil gesonderter Verhandlung und Entscheidung aufgeben. Wählt das Gericht die Form des Beweisbeschlusses, so kann der Fall eintreten, daß schließlich der Eid nicht mehr erheblich ist und also ohne Noth verlangt würde oder daß das Gericht sich jetzt

[1]) RG 3, 365.

Digitized by Google

von der von Anfang an bestehenden Unerheblichkeit des Eides oder von der Unrichtigkeit seiner Fassung überzeugt hat. Wählt das Gericht die Form des bedingten Zwischenurtheils, so wird die Eidesabnahme aufgeschoben und erfolgt nur dann, wenn durch bedingtes Endurtheil rechtskräftig erkannt ist, daß es auf die Eidesleistung noch ankomme (§ 461).

Es wird z. B. der Klage der Einwand der Zahlung und der der Verjährung entgegengesetzt, vom Kläger aber die Zahlung unter Eidesannahme bestritten und außerdem Unterbrechung der Verjährung behauptet. Würde hier der Eid, daß nicht gezahlt worden, durch Beweisbeschluß verlangt und sofort geleistet, dann aber die behauptete Unterbrechung nicht bewiesen, so wäre die Eidesleistung unnütz erfolgt, da die Klage schon auf Grund der Verjährung abgewiesen werden mußte. Das Gericht wird daher gut thun, durch Zwischenurtheil auszusprechen:

„Wenn der Kläger folgenden Eid leistet:

„Ich schwöre: . . . . Es ist nicht wahr, daß ich vom Beklagten die eingeklagte Forderung bezahlt erhalten habe",

so wird die Klage abgewiesen werden. Wenn er den Eid verweigert, wird der Einwand der Zahlung für unbegründet erklärt werden."

Nachdem dann die Verhandlung über den Einwand der Verjährung beendet und die behauptete Unterbrechung unbewiesen geblieben ist, wird das Gericht erkennen: „Die Klage wird abgewiesen"; wenn dagegen die Verjährung in der That unterbrochen worden ist, die Klage also auf Grund der Verjährung nicht abgewiesen werden kann, wird das Gericht sagen:

„Wenn der Kläger den ihm durch Zwischenurtheil vom . . . auferlegten Eid leistet, wird die Klage abgewiesen; wenn er diesen Eid verweigert, wird der Beklagte zur Zahlung von . . . verurtheilt werden".

c) Die Anordnung muß durch Beweisbeschluß erfolgen im Urkunden- und Wechselprozeß (§ 594 Abs. 4).

IV. Die Schwurpflicht endet durch Erlaß der Eidesleistung und durch zulässigen Widerruf (s. darüber oben).

Die Schwurpflicht wird ferner dadurch aufgehoben, daß die eidespflichtige Person stirbt oder daß sie zur Eidesleistung

Digitized by Google

unfähig wird oder daß sie ihre Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter einer Partei verliert und dadurch aus der Parteienstellung ausscheidet: der Schwurpflichtige kann dann einen Eid oder mindestens in diesem Prozesse einen Parteieneid nicht mehr leisten. Beide Theile erlangen in einem solchen Falle kraft Gesetzes diejenige Rechtsstellung wieder, die sie vor der Eideszuschiebung eingenommen hatten, aber mit der Einschränkung auf die Beweisführung, die durch den nun unmöglich gewordenen Eid hatte geschehen sollen[1]). Diese Einschränkung hat da keine Bedeutung, wo die Eidesauflage noch nicht oder durch Beweisbeschluß erfolgt war, da die Parteien hier in der Lage sind, den Prozeßstoff durch Neuanführungen zu verändern; sie hat Bedeutung aber da, wo der Eid durch (Zwischen- oder End-) Urtheil auferlegt war. In diesem Falle können die Parteien entweder durch Einlegung zulässiger Berufung die Möglichkeit zu anderweitiger Beweisführung erlangen, oder sie können und im Falle der Unzulässigkeit der Berufung müssen sie von jener vom Gesetz gewährten Restitution Gebrauch machen, indem sie in mündlicher Verhandlung vor dem Gericht, welches das Urtheil erlassen, zunächst die Voraussetzung ihres Restitutionsantrages darthun und alsdann ihre früheren Rechte auf Führung des durch die Eideszuschiebung angetretenen Beweises geltend machen, indem sie andere Beweismittel benennen, die Eidesdelation an den eingetretenen Nachfolger wiederholen oder indizirende Thatsachen anführen. Die gegen Parteianführungen präkludirende Wirkung des Urtheils und seine Unwiderruflichkeit für das Gericht haben aber zur Folge, daß die einmal getroffene Entscheidung hinsichtlich des gesammten übrigen Prozeßstoffs unberührt bleibt. Aus Zweckmäßigkeitsrücksichten hat jedoch das Gesetz angeordnet, daß das Gericht unter Aufhebung des ganzen Urtheils anderweit in der Sache zu entscheiden hat. Unbedenklich können bei der neuen Verhandlung hinsichtlich ihres beschränkten Prozeßstoffes Versäumnißfolgen eintreten[2]). Ist die Voraussetzung für den Antrag nicht gegeben, z. B. der gesetzliche Vertreter einer Korporation nicht aus dieser Stellung ausgeschieden, so versagt das Gericht die Restitution, je nachdem die Eidesauflage durch Beschluß, Zwischenurtheil oder Endurtheil aus-

[1]) RG 13, 379.
[2]) RG 23, 358.

Digitized by Google

gesprochen war, durch Beschluß, Zwischenurtheil oder Endurtheil.

V. Das Beweisverfahren.

1. Die Beweisantretung besteht in der Erklärung der einen Partei, daß sie der anderen über eine bestimmte Behauptung den Eid zuschiebe. Der Gegner hat sich über Annahme oder Zurückschiebung zu erklären; ob ihm Bedenkzeit zu lassen und daher seinem Antrage auf Anberaumung eines neuen Termins stattzugeben ist, richtet sich danach, ob die Eideszuschiebung in einem vorbereitenden Schriftsatze angekündigt war oder nicht (§§ 452, 130 Nr. 5, 272).

Erfolgt eine ausdrückliche Verweigerung der Annahme, so bedarf es einer weiteren Erörterung der behaupteten Thatsache nicht mehr, da sie für den Richter feststeht (§ 464 Abs. 2). Das bloße Schweigen auf die Eideszuschiebung aber gilt nur dann als Verweigerung, wenn die Partei durch das Gericht zur Erklärung über den Eid aufgefordert worden ist (§ 455).

Ist der Eid angenommen oder zulässigerweise zurückgeschoben (vergl. § 456), so hängt die Anordnung des Gerichts, daß der Eid geleistet werde, davon ab, ob die behauptete Thatsache vom Gericht für erheblich gehalten wird. Die Anordnung selbst erfolgt, wie oben (unter III) gezeigt, grundsätzlich durch bedingtes Endurtheil, ausnahmsweise durch Beweisbeschluß oder bedingtes Zwischenurtheil. In jedem Falle hat das Gericht den Eid zu normiren, d. h. den Wortlaut dessen, was der Schwurpflichtige beschwören soll, festzustellen. Will das Gericht die Anordnung in einem Beweisbeschlusse treffen, so muß es die Parteien über die von ihm gewählte Eidesnorm hören und dabei insbesondere die Frage zur Erörterung bringen, ob der Eid als Wahrheits- oder als Ueberzeugungseid zu leisten ist, denn fehlt es auch nur an dem Einverständnisse der Parteien über die Norm, so muß das Gericht den Streit entscheiden und also ein bedingtes Urtheil erlassen (§ 461 Abs. 1). Aber auch der Beweisbeschluß erübrigt sich, wenn der Schwurpflichtige anwesend und bereit ist, den Eid sofort zu leisten, und das Gericht es nicht für erforderlich erachtet, dem Schwurpflichtigen Zeit zur Ueberlegung zu gewähren. Uebrigens ist es dann, wenn das Gericht ein bedingtes Urtheil erlassen will, zweckmäßig, die Parteien über die Eidesnorm zu hören.

Digitized by Google

Der Beweisbeschluß muß die Eidesnorm enthalten (§ 359 Nr. 4), es ist also nicht richtig, im Beweisbeschlusse nur das Thema und die Bemerkung aufzunehmen, daß der Beweis durch Abnahme des zugeschobenen Eides erhoben werden solle, um erst im Eidesleistungstermine den Eid zu normiren.

Das bedingte Urtheil muß enthalten (§ 462):

a) die Eidesnorm,

b) die Folge sowohl der Leistung als der Nichtleistung des Eides.

Das Erforderniß zu a versteht sich von selbst, das Erforderniß zu b ist eine Konseqnenz der Bedeutung des Eides: er soll den Streitstoff erschöpfen und damit den Prozeß entscheiden. Wie demnach das bedingte Urtheil erst dann erlassen werden kann, wenn nach Ansicht des Gerichts außer der den Eidesinhalt bildenden Behauptung alle Streitpunkte erledigt sind, so soll das Urtheil für jeden Fall eine möglichst erschöpfende Entscheidung treffen; es ist daher unzulässig, nur für den einen Fall zu entscheiden, für den anderen Fall eine weitere Verhandlung vorzubehalten. Das bedingte Urtheil lautet daher etwa dahin:

„Wenn der Kläger folgenden Eid leistet:

Ich schwöre, ...: es ist nicht wahr, daß ich bei der letzten, am 1. November 1900 mir vom Beklagten geleisteten Theilzahlung erklärt habe, nun brauche er nichts mehr zu zahlen, so wahr . . . .,

wird der Beklagte zur Zahlung von 500 Mark nebst 4 % Zinsen seit dem 10. Juli 1900, sowie zur Tragung der Prozeßkosten verurtheilt werden. Wenn der Kläger diesen Eid verweigert, wird er mit der Klage abgewiesen und zur Tragung der Prozeßkosten verurtheilt werden."

Das bedingte Urtheil spricht also nur aus, daß die Entscheidung des Rechtsstreits von dem Eide abhängt; es enthält selbst keine Entscheidung über den Klageantrag und löst infolgedessen noch nicht das Prozeßverhältniß. Die nur angekündigte Entscheidung selbst kann erst durch ein zweites, unbedingtes, Urtheil getroffen, dieses zweite Urtheil (die frühere sententia purificatoria, „Läuterungsurtheil") aber erst erlassen werden, wenn feststeht, ob der Eid geleistet oder verweigert wird. Die Leistung des Eides kann erst nach Eintritt der Rechtskraft des bedingten Urtheils erfolgen (§ 460 Abs. 2), denn es soll der Partei, welche mit dem

Digitized by Google

bedingten Urtheile nicht zufrieden ist, die Möglichkeit gegeben werden, durch Einlegung des etwa zulässigen Rechtsmittels eine andere Entscheidung zu erwirken.

Ist ein Beweisbeschluß erlassen, so sorgt das Gericht von Amtswegen für die Erledigung des Beschlusses, indem es bestimmt, ob die Eidesabnahme durch das Prozeßgericht oder durch einen beauftragten oder ersuchten Richter erfolgen soll, im ersten Falle Termin zur Eidesleistung und mündlichen Verhandlung, im zweiten Falle Termin nur zur Verhandlung anberaumt.

Ist ein bedingtes Urtheil erlassen, so hat nach dessen Rechtskraft die betreibende Partei den Gegner zur mündlichen Verhandlung zu laden. In dieser ist vor allem die Rechtskraft des Urtheils nachzuweisen; alsdann ist über die Gestaltung des weiteren Verfahrens zu verhandeln. Giebt dabei die schwurpflichtige Partei die Erklärung ab, daß sie den Eid verweigere, oder erläßt ihr der Gegner den Eid, so ist die Bedingung gegeben, unter welcher das Läuterungsurtheil erlassen werden kann. Andernfalls hat das Gericht zu bestimmen, ob, was die Regel sein sollte, der Eid vor dem Prozeßgericht oder ob er vor einem beauftragten oder ersuchten Richter geleistet werden soll. Ist also der Schwurpflichtige anwesend, so kann sofort zur Eidesabnahme geschritten werden. Eine Verhandlung über den abgeurtheilten Streitstoff kann so wenig stattfinden als eine solche über neues Vorbringen, denn eine Aenderung des bedingten Urtheils ist ausgeschlossen. Doch kann die Eidesnorm in Bezug auf unwichtige Umstände berichtigt werden, und der Schwurpflichtige kann sich zur Leistung eines beschränkteren, d. h. für seinen Gegner günstigeren Eides erbieten (§ 469). Die Anordnung, wie und wo der Eid zu leisten ist, erfolgt mittels bloßen Beschlusses. In jedem Falle wird der durch einen Prozeßbevollmächtigten vertretene Schwurpflichtige nicht selbst geladen; die Ladung erfolgt durch Verkündung des vor dem Prozeßgericht anberaumten Eidesleistungstermines oder (vor dem beauftragten oder ersuchten Richter) durch Ladung des Prozeßbevollmächtigten.

Der Eidesleistung muß ein Hinweis auf die Bedeutung des Eides vorangehen. Der Richter hat dabei zwar die Pflicht, durch geeignete Fragen festzustellen, ob dem Schwurpflichtigen die Eidesnorm klar ist und ob er den Eid mit gutem Gewissen leisten kann, er darf aber von der Eides-

Digitized by Google

abnahme nicht Abstand nehmen, wenn der Eid durch Urtheil auferlegt ist und der Schwurpflichtige etwas beschwören will, was er nach Ansicht des Richters nicht beschwören kann. Ist der Eid jedoch durch Beweisbeschluß angeordnet, so hat der Richter freie Hand: giebt die Partei vor der Eidesleistung die Geständnisse ab, welche den Eid überflüssig machen, so kann der Richter die Eidesabnahme unterlassen und jene bisher noch feststellungsbedürftigen Thatsachen als feststehende verwerthen, denn das Geständniß ist selbst Dispositionsakt.

Da die Eidesabnahme im Sinne der CPO Beweisaufnahme ist, haben die Parteien über das Ergebniß der Beweisaufnahme zu verhandeln. Diese Verhandlung ist regelmäßig eine einfache. Auf Antrag erfolgt dann das unbedingte Urtheil, indem die für den eingetretenen Fall vorgesehene Folge ausgesprochen wird [1]).

§ 84. Der richterliche Eid.

I. Begriff. Unter richterlichem Eide versteht man im Gegensatze zu dem von der Partei dem Gegner angetragenen den von Amtswegen durch den Richter einer Partei auferlegten Eid. Seine Leistung oder Weigerung ist ein Mittel, den Richter zu überzeugen, mithin ein Beweismittel. Denn der Richter darf ihn nur dann, aber auch stets dann fordern, wenn das Ergebniß der Verhandlungen und einer etwaigen Beweisaufnahme nicht geeignet war, ihm die Ueberzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit einer beweisbedürftigen Thatsachenbehauptung zu verschaffen (§ 475). Die CPO hat diesen Eid zwar dem gemeinen Prozeßrecht entlehnt, ihm aber ein anderes Anwendungsgebiet gegeben. Denn während das gemeine, unter der Herrschaft der sogen. gesetzlichen Beweistheorie stehende Prozeßrecht im richterlichen Eide nur ein Mittel erblickte, einen unvollständigen Beweis zu ergänzen, verwendet ihn die CPO auch als Mittel, einen fehlenden Beweis zu ersetzen (RG 35, 110). Der Richter hat daher bei uns die Pflicht, sich in jedem Falle, in welchem er es mit einer unbewiesenen Behauptung zu thun hat, die Frage vorzulegen, ob er nicht durch einen

[1]) In obigem Beispiel nach Leistung des Eides: Der Beklagte wird verurtheilt, an den Kläger 500 Mark nebst 4% Zinsen seit dem 10. Juli 1900 zu zahlen und die Prozeßkosten zu tragen.

Digitized by Google

richterlichen Eid helfen könne, und er wird in den Fällen, in welchen er die streitige Behauptung oder ihr Gegentheil für wahrscheinlich hält, derjenigen Partei den Eid auferlegen, für deren Behauptung die größere Wahrscheinlichkeit spricht, gleichviel ob diese Partei die Beweislast hat oder nicht; er wird also vernünftigerweise diejenige Partei bevorzugen, welche die Wahrheit beschwören kann, vor derjenigen, die nur einen Ueberzeugungseid leisten könnte; er wird ferner die größere Glaubwürdigkeit der einen oder der anderen Partei in Rechnung ziehen. Ausgeschlossen ist also der richterliche Eid nur betreffs derjenigen Behauptungen, von deren Wahrheit oder Unwahrheit der Richter schon überzeugt ist.

II. Wirkung. Trotz dieser Rechtsnatur des Eides als eines bloßen Ueberzeugungsmittels haben die Leistung, die Weigerung sowie die Erlassung des richterlichen Eides dieselben Wirkungen wie beim zugeschobenen Eide (§§ 477, 463, 464), aber aus anderem Grunde. Denn da es dem Richter freisteht, den Eid zu verlangen oder nicht zu verlangen und etwaige Anträge der Parteien für ihn nicht bindend sind, so liegt in der Auferlegung des Eides die ausdrückliche unwiderrufliche Erklärung, daß die Eidesleistung die fehlende Ueberzeugung begründen werde. Verweigert der Schwurpflichtige den Eid, so bleibt es nicht blos bei dem vorherigen Mangel des Beweises, sondern es wird dadurch, daß die Partei erklärt, dem Richter das verlangte Ueberzeugungsmittel nicht verschaffen zu können oder verschaffen zu wollen, der nicht beschworenen Behauptung die Glaubwürdigkeit entzogen, und wird dem Schwurpflichtigen die Eidesleistung erlassen, so nimmt damit die erlassende Partei ihre eigene Erklärung zurück, womit die gegnerische Erklärung ohne Weiteres aus dem Kreise der beweisbedürftigen Behauptungen ausscheidet. Die Folge ist, daß in den Fällen, in welchen wegen Mangels der Verfügungsmacht der Partei die Eideszuschiebung unzulässig ist, die Auflegung eines richterlichen Eides erfolgen darf, daß dann aber die Vorschrift über die bindende Kraft des Eideserlasses keine Anwendung findet (§ 617); denn der Erlaß ist, wie gezeigt, gleich dem Geständnisse ein Dispositionsakt.

III. Verfahren. Aus dem Gesagten folgt, daß der richterliche Eid das letzte Mittel ist, eine Behauptung zu beweisen, und daß Leistung, Weigerung und Erlassung des

Digitized by Google

Eides eine weitere Erörterung der nunmehr festgestellten Thatsache ausschließen. Der Eid darf deshalb niemals durch Beweisbeschluß [1]), sondern kann nur durch bedingtes End- oder Zwischenurtheil auferlegt werden. Das Verfahren dabei ist das gleiche wie bei dem durch Urtheil verlangten zugeschobenen Eide (s. oben S. 307) [2]).

§ 85. Die Glaubhaftmachung.

Der Beweis strebt die volle Ueberzeugung des Richters an, die Glaubhaftmachung dagegen begnügt sich mit der Erbringung der Wahrscheinlichkeit. In zahlreichen Fällen läßt das gegenwärtige Prozeßrecht die bloße Glaubhaftmachung statt vollen Beweises zu, wenn es sich um Maßregeln handelt, die ein eigentliches Beweisverfahren nicht zulassen und sich entweder als nur vorläufige oder als Maßnahmen von geringerer Bedeutung darstellen.

Wer eine Thatsachenbehauptung glaubhaft zu machen hat, kann sich aller Beweismittel bedienen (§ 294); ausgeschlossen ist nur die Eideszuschiebung, denn sie ist eben kein Beweismittel; es sind aber nur solche Beweisaufnahmen gestattet, die sofort erfolgen können. Wer sich also auf einen Zeugen beruft, muß ihn zur Gerichtsstelle bringen, und auch der Hinweis auf Akten, welche sich nicht bei dem Prozeßgerichte befinden, kann als Glaubhaftmachung nicht angesehen werden. Das Gesetz läßt jedoch die Versicherung an Eidesstatt durch die behauptende Partei als Mittel der Glaubhaftmachung zu [3]).

§ 86. Die Sicherung des Beweises.

Die Anordnung einer Beweisaufnahme erfolgt auf Grund mündlicher Verhandlung, also in dem anhängigen Prozesse, in welchem sie für erforderlich gehalten wird. Ausnahmsweise kann eine Beweisaufnahme vor der mündlichen Verhandlung, ja sogar vor Beginn eines Prozesses angeordnet werden und zwar

---

[1]) Im Urkunden- und Wechselprozeß ist der richterliche Eid ausgeschlossen (vergl. § 595).

[2]) Auch in anderen Beziehungen finden die über den zugeschobenen Eid gegebenen Vorschriften entsprechende Anwendung (§ 477).

[3]) Ausnahme: bei Ablehnung eines Richters (§ 44), eines Sachverständigen (§ 406) und bei Glaubhaftmachung der Revisionssumme (§ 546).

Digitized by Google

1. grundsätzlich nur, wenn zu besorgen ist, daß das Beweismittel verloren gehen oder daß seine Benutzung erschwert werden könne (§ 485). Man spricht in einem solchen Falle von der Sicherung des Beweises, indem die möglicherweise nothwendige Beweisaufnahme, so lange sie noch möglich ist, vorweggenommen wird. Sie findet nur statt beim Beweise durch Augenschein, Zeugen oder Sachverständige.

2. Ausnahmsweise kann sie erfolgen auch ohne jene Besorgniß (§ 488),

a) wenn Mängel einer Sache oder eines Werkes festzustellen sind, aus welchen ein Recht wider den Gegner hergeleitet werden soll, oder

b) wenn der Zustand eines Gutes festzustellen ist, für dessen Beweis ein Kommissionär, Spediteur, Lagerhalter oder Frachtführer zu sorgen verpflichtet ist.

Das Gesuch um Aufnahme des Beweises muß einen bestimmten Inhalt haben[1]). Im Falle 1 ist der Grund der Besorgniß glaubhaft zu machen (§ 487).

Anzubringen ist das Gesuch

a) bei Rechtshängigkeit des Prozesses bei demjenigen Prozeßgerichte, bei welchem der Prozeß schwebt, also gegebenen Falles beim Berufungsgericht, in Fällen dringender Gefahr kann das Gesuch auch bei demjenigen Amtsgericht angebracht werden, in dessen Bezirke die zu vernehmenden Personen sich aufhalten oder der in Augenschein zu nehmende Gegenstand sich befindet,

b) vor der Rechtshängigkeit des Prozesses muß das Gesuch bei dem unter a bezeichneten Amtsgericht angebracht werden.

Das Gericht, bei welchem das Gesuch angebracht wird, ist auch dasjenige, welches darüber entscheidet. Einer mündlichen Verhandlung bedarf es nicht[2]).

§ 87. Die Versäumniß. Allgemeines.

Ist der Prozeß eröffnet, so ist damit jeder Partei die Möglichkeit gewährt, alle diejenigen Prozeßhandlungen vorzunehmen, die sie zur Herbeiführung einer ihr günstigen Entscheidung für dienlich hält. Aber zur Vornahme dieser

[1]) Kein Anwaltszwang (§ 486 Abs. 1).
[2]) Im Uebrigen vergl. §§ 489—494 CPO.

Digitized by Google

Handlungen nöthigt keine erzwingbare Pflicht. Das Nichthandeln ist daher keine die Verhängung einer Strafe nach sich ziehende Pflichtverletzung, sondern Nichtausübung eines Rechtes. Auf diesem Standpunkte steht die CPO. Sie nennt das Nichthandeln an keiner Stelle Ungehorsam, sondern Versäumung, bestraft den Säumigen nicht, sondern entzieht ihm nur den Vortheil, den das Handeln gehabt haben würde (vgl. § 230). Bei Normirung der besonderen Versäumnißfolgen bedient sich das Gesetz der Form einer Fiktion (§§ 39, 138, 269, 331, 439, 452), die nur veranschaulicht, was aus der Unterlassung von selbst folgt[1]).

Versäumung ist die Nichtvornahme einer Parteihandlung zu der für sie bestimmten Zeit. Ob sie beabsichtigt oder nicht beabsichtigt ist und im letzteren Falle auf einem Verschulden oder auf einem Zufall beruht, ist gleichgültig; entscheidend ist allein, daß die Handlung nicht vorgenommen ist. Jede Prozeßhandlung ist aber an eine bestimmte Zeit gebunden; abgesehen davon, daß keine Handlung[2]) außerhalb der durch den Prozeß selbst gezogenen Grenzen wirksam vorgenommen werden kann, sind sie sämmtlich entweder an Termine oder an Fristen gebunden.

Die CPO stellt einige allgemeine und eine Reihe besonderer Vorschriften über die Versäumung auf. Die allgemeinen Grundsätze kommen überall da zur Anwendung, wo eine besondere Bestimmung fehlt.

A. **Die allgemeinen Grundsätze** (§§ 230—232).

I. Allgemeine Versäumnißfolge ist der Ausschluß der Partei mit der unterlassenen Prozeßhandlung. Es tritt also für die säumige Partei mit der Versäumung eine Verschlechterung ihrer Lage ein, es trifft sie insofern ein Nachtheil.

Die (allgemeine oder besondere) gesetzliche Versäumnißfolge tritt ein,

---

[1]) Wenn gleichwohl von Substanziirungs-, Beweis-, Eides- etc. -Pflicht gesprochen wird (z. B. bei Stölzel: Schulung f. d. civil. Praxis), so ist damit keine der Partei gegenüber dem Staate oder dem Gegner obliegende, sondern nur die Pflicht, welche die Partei gegen sich selbst hat und deren Verletzung nur ihr selbst Nachtheil bereitet, gemeint. Besser wäre es freilich, den Ausdruck Pflicht durch „Aufgabe" zu ersetzen.

[2]) Mit Ausnahme der Sicherung des Beweises s. vorigen §.

Digitized by Google

1) ohne daß es ihrer Androhung bedarf, ein Grundsatz, von dem das Gesetz nur beim Zahlungsbefehl (§ 692) und beim öffentlichen Aufgebot (§§ 947[3] u. ff.) Ausnahmen kennt,

2) ohne daß es eines auf Verwirklichung des Rechtsnachtheiles gerichteten Antrages bedarf. Die Versäumnißfolge tritt von selbst ein. Ausnahmen von diesem Grundsatze (das Erforderniß einer accusatio contumaciae) sind aber gerade in den wichtigsten Fällen der Versäumniß aufgestellt[3]). In diesen Ausnahmefällen ist die Handlung versäumt erst dann, wenn der erforderliche Antrag gestellt und die mündliche Verhandlung über ihn geschlossen ist, ohne daß die Prozeßhandlung vorgenommen, nach der Sprechweise des Gesetzes nachgeholt worden wäre.

Eine Beseitigung der bereits eingetretenen Versäumnißfolge ist nur in zwei besonderen Fällen gestattet, nämlich im Falle der Versäumung einer Nothfrist (s. unter B. 1) und im Falle des Versäumnißurtheils (s. nächsten §).

B. Die besonderen Grundsätze sind verschieden nach dem Versäumnißfall. Die Versäumnißfälle theilt die CPO ein nach ihrer Wichtigkeit in

1. die Fälle partieller Versäumung d. h. die Unterlassung einer einzelnen Prozeßhandlung.

Die besonderen Fälle der Versäumung sind mannigfaltig, sie können bestehen in der Versäumung eines Termines (z. B. eines Beweistermines) oder einer Frist (z. B. einer Rechtsmittelfrist). Das Gesetz fingirt in diesen Fällen entweder ein Zugeständniß, einen Verzicht, eine Genehmigung, die Anerkennung einer Urkunde, die Eidesverweigerung, immer aber enthält es nur eine Anwendung des allgemeinen Grundsatzes, daß der Nicht-Handelnde nur von dem ihm zustehenden Rechte (des Bestreitens, des Widerspruchs, der Mißbilligung, der Anfechtung, der Eidesleistung) keinen Gebrauch macht und also dem Gegner einen prozessualischen Vortheil läßt. Besonderer Hervorhebung bedarf die Versäumung von Nothfristen.

[3]) § 113 (mangelnde Sicherheitsleistung), § 158 (Entfernung einer Person); §§ 239, 246 Abs. 2 (Versäumung der Aufnahmeerklärung); §§ 330, 331, 353, 542 (Versäumnißurtheil), § 699 (Erlaß des Vollstreckungsbefehls), § 952 (Erlaß des Ausschlußurtheils), 465 (Eidesverweigerung).

Digitized by Google

2. Den Fall totaler Versäumung d. h. die Unterlassung der mündlichen Verhandlung über den Klageanspruch.

Gegen die Versäumung von Nothfristen ist nämlich in der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ein Rechtsbehelf gegeben. Der Zweck der Nothfristen, die Partei zu baldiger Entschließung und schleuniger Vornahme der beschlossenen Prozeßhandlung zu zwingen und damit die Prozeßverschleppung zu verhindern, würde nicht erreicht werden, wenn man die Restitution erleichterte. Die CPO hat daher die Restitution durch Aufstellung bestimmter Voraussetzungen erschwert, aber ihre Bestimmungen sind nicht einheitlich.

a. Im Allgemeinen ist die Wiedereinsetzung nur dann zulässig, wenn die Partei an der Einhaltung der Nothfrist durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle verhindert war. Damit wird mehr verlangt, als der bloße Mangel eines Verschuldens. Das Gesetz setzt vielmehr ein Ereigniß voraus, das mit der äußersten, nach Lage der Sache vernünftiger Weise zu erwartenden Vorsicht weder ganz verhindert noch unschädlich gemacht werden kann. Ist die Partei durch einen Prozeßbevollmächtigten vertreten, so kommen nur solche Ereignisse in Frage, die diesen an der Wahrung der Frist verhinderten. Ausnahmsweise reicht der bloße Mangel eines Verschuldens aus, wenn die Einspruchsfrist versäumt ist. In diesem Falle ist nämlich die Wiedereinsetzung auch dann zu ertheilen, wenn die Partei von der Zustellung des Versäumnißurtheils ohne ihr Verschulden keine Kenntniß erlangt hat, eine Bestimmung, die darin ihren Grund hat, daß nach den Bestimmungen der CPO eine dem Gesetze entsprechende Zustellung erfolgen kann, ohne daß der Zustellungsempfänger von ihr Kenntniß erlangt (§ 233).

b. Eine singuläre Vorschrift, welche von der RJK in das Gesetz eingefügt ist (§ 235), geht davon aus, daß es zur Wahrung der Nothfrist gewöhnlich der Zustellung eines Schriftsatzes an den Gegner bedarf, daß also die Partei die Hülfe von Personen in Anspruch nehmen muß, deren Thätigkeit sich der Macht der Partei entzieht. Deshalb soll die Wiedereinsetzung gegeben sein, wenn das zur Wahrung der Frist zuzustellende Schriftstück dem Gerichtsvollzieher oder Gerichtsschreiber spätestens am dritten Tage vor Ablauf der Nothfrist übergeben ist. Nach der Ansicht des Gesetzes hat damit die

Digitized by Google

Partei dasjenige gethan, was zur Verhinderung des die Säumniß begründenden Ereignisses geschehen konnte. Verspätet der Zustellungsbeamte gleichwohl die Zustellung oder nimmt er innerhalb der Frist in Folge eigenen Verschuldens eine unwirksame Zustellung vor, so ist die Wiedereinsetzung zulässig, verschuldete aber die Partei die Verspätung oder Unwirksamkeit der Zustellung, so ist die W. unzulässig (RG 11, 375; 16, 365). Nach dieser Vorschrift müssen dem Zustellungsbeamten außer dem Tage, an dem ihm das Schriftstück übergeben ist und der nicht mitgezählt wird, zwei volle Tage zur Zustellung verbleiben (RG 7,315)[1].

Auf demselben Gedanken beruht die (neue) Bestimmung, daß diese Wiedereinsetzung auch dann zulässig ist, wenn die Versäumung der Nothfrist dadurch veranlaßt war, daß das angefochtene Urtheil den Prozeßbevollmächtigten des Gegners unrichtig bezeichnete (§ 235 Abs. 2), denn auch in diesem Falle lag die Schuld an einem Beamten.

Die Wiedereinsetzung setzt einen Antrag voraus. Ein ferneres Erschwerniß aber ist, daß im Falle zu 1 der Antrag an eine gesetzliche[2]), durch Parteiabrede nicht erstreckbare Frist gebunden ist, welche zwei Wochen beträgt und mit dem Tage beginnt, an welchem das Hinderniß gehoben ist. Der Ablauf eines Jahres seit dem Ende der versäumten Nothfrist bewirkt den Verlust des Rechtsbehelfes der Restitution, auch wenn jene zweiwöchige Frist noch nicht abgelaufen ist oder noch gar nicht begonnen hat. In dem zu 2 genannten ersten Falle (rechtzeitige Uebergabe an Gerichtsvollzieher oder Gerichtsschreiber) ist der Antrag innerhalb der gesetzlichen Frist von einem Monate nach Ablauf der versäumten Nothfrist zu stellen, und zwar muß angenommen werden, daß auch die einmonatige Frist nicht verlängert werden kann.

Das Verfahren entspricht dem Wesen der Wiedereinsetzung. Dieses besteht darin, daß das Gericht die Vornahme der versäumten Prozeßhandlung zuläßt und daher das gleiche Verhalten beobachtet, als wäre die Prozeßhandlung rechtzeitig vorgenommen worden. Wenn also das Urtheil erster Instanz am 10. Juni zugestellt war und die unterlegene Partei die Berufungsschrift erst am 11. Juli zustellt,

---

[1]) A. M. Fitting S. 220 Anm. 19, der dem Beamten 3 Tage lassen will.

[2]) Keine Nothfrist, daher keine W. gegen die Versäumung dieser Frist.

Digitized by Google

so ist die für die Einlegung der Berufung gewährte Nothfrist eines Monats versäumt und die Berufung als unzulässig zu verwerfen. Liegt aber ein Restitutionsgrund vor, so wird die Berufung als rechtzeitig eingelegt angesehen und es wird vom Berufungsgericht in der Sache selbst entschieden. Das hängt aber von der Voraussetzung ab, daß die versäumte Prozeßhandlung nachgeholt wird (§ 236). Es würde daher in dem obigen Beispiele nicht genügen, daß die Partei die Nothfrist einfach ablaufen ließe, alsdann den Antrag auf Wiedereinsetzung stellte und, wenn ihr diese gewährt wird, die Berufungsschrift zustellen ließe. Vielmehr muß diese Zustellung und damit die Berufungseinlegung sofort nachgeholt und dann der Antrag gestellt werden, die Restitution dadurch zu gewähren, daß das Berufungsgericht die an sich verspätete Berufungseinlegung als rechtzeitig geschehen behandele. Der Antrag wird grundsätzlich in Form der Zustellung eines Schriftsatzes gestellt, weil über die nachzuholende Prozeßhandlung regelmäßig auf Grund mündlicher Verhandlung zu entscheiden ist, und nur im Falle der Versäumung der Beschwerdefrist durch Einreichung eines Schriftsatzes bei Gericht, weil auch die Beschwerde selbst durch Einreichung eines Schriftsatzes erhoben wird. — Zur Entscheidung über den Antrag ist dasjenige Gericht berufen, welchem die Entscheidung über die nachzuholende Prozeßhandlung zusteht (§ 237), daher das Reichsgericht, wenn die Revisionsfrist versäumt ist. Die Entscheidung erfolgt regelmäßig durch die über die nachzuholende Prozeßhandlung zu treffende Entscheidung (also durch Endurtheil, und im Falle der sofortigen Beschwerde durch Beschluß). Das Gericht kann aber über den Antrag auch gesondert entscheiden, und zwar wenn es ihm stattgiebt durch Zwischenurtheil, wenn es ihn verwirft, durch Endurtheil, und wenn es sich um die sofortige Beschwerde handelt, durch Beschluß. Auch die Anfechtung der Entscheidung kann nur in derselben Weise erfolgen, wie die Entscheidung über die nachzuholende Prozeßhandlung angefochten wird. Ist diese Entscheidung aber ein Versäumnißurtheil, so steht dem Antragsteller der Einspruch nicht zu (§ 238), weil es sich nicht rechtfertigt, ihm gegen eine zweite Versäumniß zu helfen.

Totale Versäumniß ist Voraussetzung des Versäumnißurtheils.

Digitized by Google

§ 88. Das Versäumnißurtheil.

Da das Gericht nur auf Grund mündlicher Verhandlung urtheilen kann (§ 128), ist die Möglichkeit eines Urtheils dann ausgeschlossen, wenn beide Parteien im Verhandlungstermine nicht erscheinen oder nicht verhandeln. Denn in diesem Falle ist die Gelegenheit zur Herstellung der Urtheilsgrundlage vereitelt. Die Folge ist, daß das Verfahren ruht (§§ 251 Abs. 2, 333). Daran ändert auch der Umstand nichts, daß der Termin zur Beweisaufnahme und mündlichen Verhandlung bestimmt war; denn da die Aufnahme des einmal beschlossenen Beweises von den Parteianträgen unabhängig ist, so muß auch beim Fernbleiben beider Parteien die Beweisaufnahme insoweit bewirkt werden, als dies nach Lage der Sache geschehen kann (§ 367). Sind also die Parteien durch Prozeßbevollmächtigte vertreten und erscheint im Verhandlungstermine nur die Partei, welche einen Eid leisten soll, so kann die Abnahme des Eides, nicht aber die mündliche Verhandlung, erfolgen.

Erscheint und verhandelt dagegen nur eine Partei, so spricht man von einer Versäumniß der anderen Partei. Denn durch ihr Fernbleiben wird nicht die Gelegenheit zur Herstellung der Urtheilsgrundlage vereitelt, sondern es wird nur die Mitwirkung der einen Partei an der Herstellung der Urtheilsgrundlage unterlassen. Die nicht verhandelnde Partei versäumt damit die wichtigste Prozeßhandlung, ihre Säumniß ist eine totale, sie ermöglicht das Versäumnißurtheil. Denn unter Versäumnißurtheil versteht man dasjenige, das auf der Versäumniß der nicht verhandelnden Partei beruht (RG 28, 393; 35, 347).

I. Voraussetzung des Versäumnißurtheils ist also nothwendig die Versäumung der Verhandlung durch eine der beiden Parteien. Der Fall der Versäumniß liegt aber dann vor, wenn die Partei in dem Termine nicht erscheint oder nicht verhandelt (§ 333), denn in beiden Fällen unterbleibt ihre Mitwirkung.

Erschienen ist die Partei dann nicht, wenn sie sich nicht bis zum Schlusse der Verhandlung der anwesenden Partei vor dem Gerichte meldet (vgl. § 220 Abs. 2). Ob das Nichterscheinen auf ein Verschulden des ausbleibenden Theiles oder auf einen Zufall zurückzuführen, ist gleichgültig. Es entscheidet die Thatsache, daß die Partei nicht anwesend ist. Das Gericht ist aber ausnahmsweise befugt, die Ver-

Digitized by Google

handlung zu vertagen, wenn es dafür hält, daß die von dem Vorsitzenden bestimmte Einlassungs- oder Ladungsfrist zu kurz bemessen oder daß die Partei durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle am Erscheinen verhindert worden sei (§ 337).

Das Nichterscheinen allein erfüllt den Begriff der Versäumniß nicht, es wird zur Säumniß nur dadurch, daß durch Bestimmung eines Termines Gelegenheit zum Verhandeln gegeben und der nicht erschienenen Partei der Termin gehörig bekannt gemacht war. Die Bekanntmachung erfolgt durch Verkündung oder durch Ladung. Die Ladung muß ordnungsmäßig zugestellt sein. Hat eine Partei geladen, so ist damit nicht nur die Ladung ihrer Gegenpartei, sondern auch ihre eigene Ladung erfolgt. Denn wenn der Kläger die mit der Terminsbestimmung versehene Klageschrift dem Beklagten nicht zustellt, so nimmt er damit von dem Prozeßbetriebe wieder Abstand, er will selbst nicht genöthigt sein, im Verhandlungstermine zu erscheinen. Daher hat nicht blos der Kläger, Berufungskläger oder Revisionskläger, der gegen den ausgebliebenen Beklagten, Berufungsbeklagten oder Revisionsbeklagten Erlaß des Versäumnißurtheils beantragt, nachzuweisen, daß er den Gegner geladen hat, sondern es muß auch der Beklagte, Berufungsbeklagte, Revisionsbeklagte, welcher Erlaß des Versäumnißurtheils gegen den nicht erschienenen Kläger, Berufungs- oder Revisionskläger beantragt, nachweisen, daß er selbst vom Gegner geladen ist. Dieser Nachweis wird regelmäßig durch die Zustellungsurkunde oder durch die Abschrift der Zustellungsurkunde geführt (RG 12, 364; 21, 375; 31, 432 und JW 1900 S. 15[19]).

Ist die Partei erschienen, so entspricht sie dem Willen des Gegners, daß der Streit dem Richter vorgetragen werde, nicht, wenn sie es unterläßt, zu verhandeln. Ob sie ordnungsmäßig geladen war, darauf kommt es angesichts der Thatsache, daß sie erschienen, nicht mehr an. Sie verhandelt, wenn sie vor dem Richter diejenigen Thatsachen, Rechtsausführungen und Anträge vorbringt, durch welche sie eine ihren Absichten entsprechende Entscheidung des Richters herbeiführen will.[1]) Unterläßt sie diese Thätigkeit gänzlich, so macht sie von ihrer Befugniß, auf die Entscheidung einzuwirken, keinen

[1]) RG 10, 386, vgl. Birkmeyer: Rechtsfälle S. 105 flg.

Digitized by Google

Gebrauch, sie ist also säumig. Giebt sie Erklärungen ab, sind diese aber unvollständig oder unklar, so verhandelt sie; hat sie Erklärungen abgegeben und sich dann entfernt, so hat sie verhandelt, und das, was sie vorgebracht, ist zu berücksichtigen. Das bloße Verlesen der Anträge ist kein Verhandeln, denn der Richter hat nicht erfahren, worauf die Partei, die sich nach Verlesung des Antrages entfernt, ihren Antrag gründet, aber die Stellung des Antrages bildet einen Bestandtheil der Verhandlung.

Dem Grundsatze der Einheit der mündlichen Verhandlung entspricht es, daß jeder Verhandlungstermin als der Termin zur mündlichen Verhandlung gilt (§ 332), so daß eine Säumniß auch dann vorliegt, wenn die Partei, die sich in einem früheren Termine vollständig erklärt hatte, in einem neuen Termine nicht verhandelt oder nicht erscheint.

Eine fernere Voraussetzung des Urtheils bildet der Mangel eines von Amtswegen zu berücksichtigenden Hindernisses (§ 335 No. 1). Hierher gehören die unverzichtbaren Prozeßvoraussetzungen (s. oben S. 182), daher auch die ordnungsmäßige Klageerhebung selbst. Denn der Mangel einer Prozeßvoraussetzung kann immer höchstens zu einer absolutio ab instantia führen, während das Versäumnißurtheil ein den materiellen Klageanspruch betreffendes Sachurtheil ist. Wird also im Falle der Unzulässigkeit des Rechtsweges Klage bei Gericht oder im Falle des Vorhandenseins eines ausschließlichen Gerichtsstandes Klage beim unzuständigen Gericht erhoben, so kann dort kein Gericht, hier nicht das angerufene Gericht über den Anspruch entscheiden. Und ist die Klage überhaupt nicht erhoben, so kann auch kein Urtheil ergehen. Es folgt hieraus, daß auch beim Ausbleiben des Klägers die erfolgte Klagezustellung nachgewiesen werden muß (RG. 21, 376). Fehlt eine verzichtbare Prozeßvoraussetzung, so steht dem Versäumnißurtheil kein Hinderniß entgegen. Eine Ausnahme macht die Unzuständigkeit des Gerichts (s. oben S. 50).

Der Erlaß des Versäumnißurtheils setzt ferner einen von der nichtsäumigen Partei gestellten Antrag voraus, es genügt aber, daß die Partei überhaupt den Erlaß eines dem Gegner ungünstigen Urtheils verlangt[1]).

[1]) RG 28,393 sieht den auf Versäumnißurtheil gerichteten Antrag dann nicht als wesentlich an, wenn das thatsächlich erlassene U. nur ein Versäumniß-U. sein kann.

Digitized by Google

II. Durch das Urtheil wird die Versäumnißfolge verwirklicht. Die Folge ist nach dem in der CPO angenommenen Verwirkungsprinzipe die:

daß die Partei, welche nicht verhandelt, ihr Recht aufgiebt, auf die Entscheidung zu ihren Gunsten einzuwirken.

Die Folge muß aber eine andere sein bei Säumniß des Beklagten, eine andere bei Säumniß des Klägers.

1. Bei Säumniß des Beklagten ist das thatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers als zugestanden anzunehmen. In dieser Fiktion ist aber nichts anderes als die Anwendung des allgemeinen Grundsatzes enthalten, daß wer eine Prozeßhandlung versäumt, mit der Vornahme dieser Handlung ausgeschlossen wird. Die Prozeßhandlung, die der Beklagte hätte vornehmen können, ist die Vertheidigung. Mit dieser ist er ausgeschlossen. Darin liegt nach der möglichen Gestaltung der Vertheidigung nicht nur, daß der Beklagte keine zu seiner Vertheidigung dienende Thatsache vorbringt, sondern auch daß er die vom Gegner behaupteten Thatsachen nicht bestreitet.

Sache des Richters ist es, zu prüfen, ob die vom Kläger aufgestellten, unwidersprochen gebliebenen Thatsachenbehauptungen den Klageantrag rechtfertigen, wenngleich unter einem andern rechtlichen Gesichtspunkt als unter welchem der Kläger sie betrachtet. Soweit die Klagethatsachen den Klageantrag rechtfertigen, ist nach diesem Antrage zu entscheiden, soweit dies nicht der Fall, ist die Klage abzuweisen. Es kann also geschehen, daß die Klage ganz oder zum Theil abgewiesen wird. Ein solches abweisendes Urtheil ist aber kein Versäumnißurtheil, denn es beruht nicht auf der Säumniß und der hierdurch bewirkten Thatsachenfeststellung[1]).

Die Säumniß des Beklagten ist also ein Dispositionsakt. Die Folge ist, daß in Ehe-, Kindschafts- und Entmündigungssachen ein Versäumnißurtheil gegen den Beklagten nicht zugelassen ist (§§ 618, 640, 641, 670, 679, 684, 686). Denn diesem würde dadurch die Möglichkeit gegeben, durch sein Verhalten im Prozesse einen Erfolg herbeizuführen, den er durch eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung nicht herbeiführen könnte. Dem Gerichte liegt

[1]) RG 6, 364; 10, 403; 28, 393.

Digitized by Google

daher die Pflicht ob, die vom Kläger zur Klagebegründung behaupteten Thatsachen *von Amtswegen festzustellen*. Hat aber der verurtheilte Beklagte Berufung eingelegt, so kann das Rechtsmittel durch ein Versäumnißurtheil verworfen werden, denn hier führt die Säumniß nicht zur Feststellung dem Gegner günstiger Thatsachen[1]).

Das „thatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers" kann indessen nur dann die Grundlage eines Versäumnißurtheils gegen den Beklagten bilden, wenn es diesem vorher, und zwar rechtzeitig, angekündigt war. War also die schriftliche Klage mangelhaft begründet, und erfolgte die Ergänzung dieser Begründung erst in einem kurz vor der Verhandlung zugestellten Schriftsatz oder in der mündlichen Verhandlung selbst, so muß der Erlaß des *Versäumnißurtheils* abgelehnt, und kann eine ausreichende Klagebegründung überhaupt nicht gegeben werden, so muß die *Klage abgewiesen* werden (§§ 335 Nr. 3, 331). Hieraus folgt die Wichtigkeit vollständiger Substantiirung des Klageanspruches in der Klageschrift.

2. Bei *Säumniß des Klägers* wird nicht etwa, wie vielfach behauptet wird, ein Verzicht des Klägers auf den Klageanspruch angenommen, denn eine solche Vermuthung stellt das Gesetz selbst nicht auf. Daß nach der CPO (§ 330) der säumige Kläger auf Antrag des Beklagten mit der *Klage abzuweisen* ist, folgt einfach daraus, daß der Kläger es unterläßt, den dem Beklagten angekündigten Klageantrag *vor Gericht* zu stellen und zu begründen. Da nun die Klage einmal (durch die Zustellung) erhoben, die mündliche Klagebegründung auch keineswegs eine bloße Prozeßvoraussetzung ist, so bleibt nichts übrig, als die Klage selbst ebenso abzuweisen, als ob sie vorgetragen, aber für unbegründet befunden worden wäre. Auch in Ehe-, Kindschafts- und Entmündigungssachen ist ein Versäumnißurtheil gegen den Kläger zulässig (vergl. § 618), handelt es sich aber um Nichtigkeit der Ehe, so kann es nur dahin erlassen werden, daß die Klage als zurückgenommen gelte (§ 635).

III. *Fehlt* es an einer Voraussetzung für Erlaß des Versäumnißurtheils, so ist zu unterscheiden:

---

[1]) RG 27, 360 und bayr. oberstes Landesgericht in Bl. für Rechtsanwendung 54, 383.

Digitized by Google

1. Es kann nach Inhalt des Klagevortrages ein dem säumigen Beklagten ungünstiges Urtheil überhaupt nicht erlassen werden; dann kann die Verurtheilung auch durch Versäumnißurtheil nicht erfolgen, es muß also die Klage abgewiesen werden (§ 331).

2. Es kann ein Versäumnißurtheil nicht erlassen werden, weil der Fall der Säumniß nicht gegeben ist; dann ist der Antrag auf Erlaß des Versäumnißurtheils durch Beschluß abzulehnen oder auf Antrag die Verhandlung zu vertagen (§ 335). Der das Urtheil ablehnende Beschluß unterliegt der sofortigen Beschwerde. Das Beschwerdegericht hat nur zu prüfen, ob in der That dem Erlaß des Versäumnißurtheils ein Hinderniß entgegenstand, und im Falle der Verneinung der Frage nicht das Versäumnißurtheil selbst zu erlassen, sondern dem unteren Gericht den Erlaß des Versäumnißurtheils anzubefehlen; die säumig gewesene Partei ist zu dem nun von dem unteren Gericht anzuberaumenden Verhandlungstermine nicht zu laden, denn das Versäumnißurtheil wird auf Grund der gegenwärtigen, nicht der erst in dem neuen Termine herzustellenden Prozeßlage erlassen (§ 336, RG 37, 398).

Ist das Versäumnißurtheil erlassen und rechtskräftig geworden, so ist damit das Prozeßrechtsverhältniß gelöst und also der Prozeß zu Ende: die im Urtheil ausgesprochene Verneinung oder Bejahung des Klageanspruches geht in derselben Weise in materielle Rechtskraft über, als wäre sie in einem sogen. kontradiktorischen Urtheil enthalten. Da aber in zahlreichen Fällen das Ausbleiben der Partei nicht in ihrem Willen lag, so ist die Anfechtung des Versäumnißurtheils erleichtert. Das Gesetz hält damit nur die Gleichberechtigung der Parteien aufrecht, denn da die erschienene Partei das ihr günstige Versäumnißurtheil durch den Hinweis auf die bloße Thatsache der Säumniß des Gegners erlangt und weder eine Prüfung der Ursachen dieser Versäumung noch eine solche der Wahrheit des gegnerischen Vorbringens stattfindet, so muß auch der Säumige das Recht haben, durch die einfache Bekundung seines auf Verhandlung des Prozesses gerichteten Willens das Versäumnißurtheil zu beseitigen.

Der säumigen Partei steht nämlich gegen das Versäumnißurtheil der Rechtsbehelf (nicht das Rechtsmittel) des Einspruches zu. Der Einspruch wird eingelegt durch Zustellung eines Schriftsatzes; obwohl der Schriftsatz aber ge-

Digitized by Google

wissen formellen Erfordernissen entsprechen muß und im Anwaltsprozeß auch dem Anwaltszwange unterliegt, bedarf der Einspruch keiner sachlichen Begründung; es genügt die Erklärung, „daß gegen dieses Urtheil der Einspruch eingelegt werde“ (§§ 338, 340). Dafür ist die Zulässigkeit des Einspruches an eine mit der Zustellung des Urtheils beginnende Nothfrist von zwei Wochen geknüpft (§ 339), denn die Ungewißheit darüber, ob das Urtheil bestehen bleiben wird oder nicht, soll bald ihr Ende finden. Die Einlegung des Einspruches kann übrigens schon vor der Zustellung des Urtheiles erfolgen (RG 3, 408; 9, 421), wodurch Zeit und Kosten erspart werden.

Der Einspruch beläßt den Prozeß in derjenigen Instanz, in welcher das Versäumnißurtheil erlassen ist; es erfolgt daher auch die Ladung zu einem von demselben Gerichte zur mündlichen Verhandlung „der Hauptsache“ anberaumten Termine[1]). In dieser Verhandlung wird von Amtswegen geprüft, ob der Einspruch an sich statthaft (also z. B. ob das angefochtene Urtheil überhaupt ein Versäumnißurtheil) und ob er in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt ist. Führt die Prüfung zur Verneinung einer dieser Fragen, so wird der Einspruch durch Endurtheil als unzulässig verworfen (§ 341); wird aber der Einspruch für zulässig befunden, — was durch Zwischenurtheil ausgesprochen werden kann (§ 303) — so wird der Prozeß in diejenige Lage zurückversetzt, in welcher er sich vor Eintritt der Säumniß befand. War diese also erst nach stattgehabter Beweisaufnahme eingetreten, so braucht die Beweisaufnahme nicht wiederholt zu werden. Wird so das Versäumnißurtheil zwar durch den Einspruch beseitigt, so ist darauf doch bei Fällung des Urtheils Rücksicht zu nehmen, denn die Thatsache des Daseins eines solchen Urtheils läßt sich nicht ungeschehen machen. Kommt also das kontradiktorische Urtheil zu demselben Ergebniß, so muß es das Versäumnißurtheil aufrecht erhalten, andernfalls muß es jenes Urtheil aufheben und anderweit entscheiden. Die durch eine Versäumniß entstandenen Kosten fallen grundsätzlich der säumigen Partei zur Last (§§ 343, 344).

Da die Leichtigkeit des Einspruchs eine starke Verlockung zur Prozeßverschleppung bildet, sind besondere Vorsichtsmaßregeln geboten:

[1]) Vergl. jedoch § 700 (nur über Zulässigkeit des Einspruchs).

Digitized by Google

1. Ist die Partei, welche den Einspruch eingelegt hat, auch in dem neuen Termine zur mündlichen Verhandlung säumig, so wird ihr Einspruch auf Antrag durch Versäumnißurtheil verworfen. Gegen dieses Urtheil hat sie nicht den Einspruch, sondern unter der Voraussetzung, daß gegen ein Urtheil dieses Gerichts überhaupt die Berufung zulässig ist, das Rechtsmittel der Berufung, das indeß nur durch die Behauptung begründet werden kann, daß der Fall der Versäumniß nicht vorgelegen habe (§§ 345, 513).

2. Das zweite und jedes fernere in derselben Instanz gegen dieselbe Partei zur Hauptsache erlassene Versäumnißurtheil ist von Amtswegen für vorläufig vollstreckbar zu erklären (§ 708 Nr. 3). Damit ist nicht nur das unter 1 erörterte, sondern auch dasjenige Versäumnißurtheil gemeint, das erst erlassen wird, nachdem eine kontradiktorische Verhandlung stattgefunden hatte.

Dem Versäumungsurtheile gleichgestellt ist der Vollstreckungsbefehl d. h. der für vollstreckbar erklärte Zahlungsbefehl (§ 700). Denn der Schuldner hat die Erhebung des Widerspruches versäumt. Daher ist auch gegen den Vollstreckungsbefehl der Einspruch zulässig; da in diesem der Widerspruch gegen den Zahlungsbefehl mitenthalten ist, wird über die Zulässigkeit des Einspruchs und zur Hauptsache verhandelt. Das Urtheil hat den Vollstreckungsbefehl entweder aufrechtzuerhalten oder aufzuheben, und in letzterem Falle hat es anderweitig zu entscheiden.

2. Die Handlungen des Gerichts.

§ 89. Allgemeines.

Die Prozeßhandlungen des Gerichts entsprechen den Prozeßhandlungen der Parteien. Der Prozeßbetriebsthätigkeit dieser entspricht die prozeßleitende Thätigkeit des Gerichts, der Prozeßverhandlung die Prozeßentscheidung. Wie der Prozeßbetrieb dem Zwecke des Prozesses nur mittelbar dient, indem er die Prozeßverhandlung anstrebt, so steht auch die Prozeßleitung nur mittelbar im Dienste des Prozeßzweckes, indem auch sie nur dafür Sorge trägt, daß in der Prozeßverhandlung dem Gericht eine sichere Urtheilsgrundlage geboten werde.

Digitized by Google

a. § 90. Die Prozeßleitung.

Die Prozeßleitung umfaßt alle diejenigen richterlichen Handlungen, welche ermöglichen, daß eine Verhandlung stattfinde und dem Gerichte der Prozeßstoff vollständig und ungetrübt vorgelegt werde. Hiernach ist die Prozeßleitungsthätigkeit

1) eine formelle oder Geschäftsleitung: sie besteht in der Anberaumung der Termine und in allen den Fällen, in welchen Offizialbetrieb stattfindet (s. oben § 62 S. 208), in der Anordnung, daß die erforderlichen Zustellungen und Ladungen erfolgen,

2) eine materielle oder Sachleitung: sie besteht in der Sorge dafür, daß das Gericht ein der Wirklichkeit entsprechendes Bild der Sachlage empfange.

Die Geschäftsleitung liegt dem Vorsitzenden ob, denn er ist es, welcher den Termin zur mündlichen Verhandlung bestimmt (§§ 216 Abs. 2, 361), die Einlassungsfrist abkürzt oder verlängert (§§ 262 Abs. 2, 226), den beauftragten Richter bestimmt (§ 361), Ersuchen an andere Gerichte um Vornahme von Prozeßhandlungen richtet (§ 362); er ist es ferner, welcher in der Verhandlung das Wort ertheilt, die Verhandlung schließt und die Beschlüsse des Gerichts verkündet (§ 136).

Die Sachleitung liegt nur zum kleineren Theile dem Vorsitzenden, zum größeren Theile dem Gericht ob (§§ 136, 139, 140, 141—158). Ihre wichtigsten Maßnahmen sind folgende.

a) Die Aufklärungs- und Fragepflicht. Da die Ausübung des Fragerechtes das geeignetste Mittel ist, eine brauchbare Urtheilsgrundlage zu schaffen, da sie ferner in nicht seltenen Fällen zur Ersparung einer langwierigen und kostspieligen Beweisaufnahme, insbesondere aber zur Vermeidung jener meistens unrichtigen Urtheile führt, welche sich nur darauf gründen, daß eine gewisse Thatsache nicht behauptet worden sei, da in der Möglichkeit sofortiger Aufklärung also der Hauptvorzug der Mündlichkeit besteht, hat das Gesetz dieses Recht zu einer Pflicht gemacht (§§ 136, 139, 503), und das Reichsgericht hält mit dankenswerther Strenge auf die Erfüllung dieser Pflicht. Sie besteht darin,

aa) daß der Vorsitzende für eine „erschöpfende Erörterung" Sorge zu tragen und die Verhandlung

Digitized by Google

nur dann zu schließen hat, wenn nach Ansicht des Gerichts die Sache vollständig erörtert ist (§ 136), daß das Gericht aber die Wiedereröffnung einer geschlossenen Verhandlung anordnen kann (§ 156),

bb) daß der Vorsitzende durch Fragen darauf hinzuwirken hat, daß unklare Anträge erläutert, unzureichende Thatsachenbehauptungen ergänzt, die Beweismittel bezeichnet und überhaupt alle für die Feststellung des Sachverhältnisses erheblichen Erklärungen abgegeben werden (§§ 139, 454 Abs. 1, 455),

cc) daß der Amtsrichter außerdem darauf hinzuwirken hat, daß sachdienliche Anträge gestellt werden und daß die Erklärung auf vorgelegte Urkunden erfolge (§§ 503, 507)[1]).

Die Bethätigung der Fragepflicht ist, auch Rechtsanwälten gegenüber, um so wichtiger, als die Partei nicht wissen kann, worauf das Gericht besonderen Werth legt; es kommt vor, daß eine Partei, die sehr wohl in der Lage war, durch Aufklärung eines nicht genügend erörterten Punktes eine richtige Entscheidung herbeizuführen, durch die Verkündung eines unrichtigen Urtheils überrumpelt wird.

Der Aufklärung des Sachverhaltes dienen ferner folgende besondere Maßnahmen:

dd) Das Gericht kann das persönliche Erscheinen einer Partei anordnen (§ 141). Der Anwaltszwang hat neben großen Vortheilen jedenfalls den Nachtheil, daß das Gericht durch den Vortrag des Anwalts den Prozeßstoff aus zweiter Hand empfängt, d. h. nur hört, wie der Anwalt seinen Auftraggeber verstanden und wie der Anwalt — vielleicht nur auf Grund schriftlicher Information — die Angaben der Partei sich zurechtgelegt hat. Das persönliche Auftreten der Partei ist deshalb ein vortreffliches Aufklärungsmittel[2]). Dem Gericht steht aber nur in Ehe- und Kindschaftssachen (§§ 619, 640, 641) die Befugniß zu, das Erscheinen der Partei zu erzwingen. Denn in diesen Sachen ist die Aussage einer Partei, wie die eines Zeugen, nicht Dispositionsakt, sondern Feststellungsmittel. Selbstverständlich kann das

[1]) S. auch § 504 Abs. 2.

[2]) Verfasser hat damit sehr gute Erfahrungen gemacht und es wiederholt erlebt, daß Richter, die früher Gegner dieser Maßnahme waren, sich bald bekehrten.

Digitized by Google

Nichterscheinen der vorgeforderten Partei einen Einfluß auf die Beweiswürdigung ausüben.

ee) Das Gericht kann die Vorlegung oder Niederlegung von Urkunden und Akten anordnen (§§ 142, 143), eine Maßnahme, welche eine eingehende Prüfung dieses Beweismittels durch das Gericht ermöglicht.

ff) Das Gericht kann, da in manchen Sachen der Parteivortrag andernfalls nicht verständlich sein würde, von Amtswegen die Einnahme des Augenscheins oder die Begutachtung durch Sachverständige anordnen (§ 144). Damit ist dem Gerichte Gelegenheit geboten, sich von vornherein dasjenige Verständniß zu verschaffen, ohne welches eine richtige Beurtheilung der Sachlage nicht möglich ist. Wollten die Gerichte von dieser Befugniß Gebrauch machen, so würde manche überflüssige Beweisaufnahme erspart und mancher Fehlspruch vermieden werden.

b) Der Begriff des gerichtlichen Trennungsrechtes umfaßt verschiedenartige Befugnisse. Ihre Ausübung dient in jedem Falle dem Zwecke, überall da, wo die Verhandlung mehrere verschiedene Streitpunkte zum Gegenstande hat, der Gefahr einer Verwirrung des Vortrags und der einer Ueberladung des Gedächtnisses der Richter vorzubeugen (s. oben S. 148).

aa) Wenn nämlich ein Anspruch durch mehrere selbständige Angriffsmittel gestützt oder durch mehrere selbständige Vertheidigungsmittel abgewehrt wird, so kann die Verhandlung zunächst auf eines oder einige dieser Angriffs- oder Vertheidigungsmittel beschränkt werden (§ 146),

bb) wenn mehrere Ansprüche erhoben, aber in einer Klage und folgeweise auch in einer Verhandlung verbunden werden, oder wenn der Beklagte eine Widerklage erhebt und der Widerklageanspruch mit dem Klageanspruche nicht in rechtlichem Zusammenhange steht, so kann das Gericht anordnen, daß über die verschiedenen Ansprüche in getrennten Prozessen verhandelt werde.

Während also im Falle zu aa ein und derselbe Prozeß bleibt und also zwar durch Zwischenurtheile stückweise erledigt, aber nur durch ein einziges Endurtheil entschieden werden kann, entstehen im Falle zu bb für die Zukunft mehrere Prozesse, so daß also auch mehrere Endurtheile, d. h. Theilurtheile nothwendig werden.

Digitized by Google

cc) Anders ist die Behandlung, welche der Aufrechnung einer Gegenforderung zu Theil werden kann.

α) Steht die Gegenforderung in rechtlichem Zusammenhange mit der Klageforderung, so muß über beide Forderungen in demselben Endurtheil entschieden werden; das Gericht kann aber die Verhandlung trennen und über die eine Forderung durch Zwischenurtheil entscheiden;

β) stehen die Forderungen nicht in rechtlichem Zusammenhange, so kann das Gericht zwar auch die getrennte Verhandlung anordnen, aber diese Anordnung führt dazu, daß das Gericht, falls es zuerst zu einer die Klageforderung bejahenden Entscheidung gelangt, über diese allein ein Endurtheil zu erlassen hat, das trotz dieses Namens den Rechtsstreit nicht erledigt, sondern unter Vorbehalt der Entscheidung über die Aufrechnung erfolgt (§§ 145, 302).

Alle diese Anordnungen erfolgen in Form von Beschlüssen auf Grund mündlicher Verhandlung. Sie sind nicht selbständig, sondern nur mit dem Endurtheil anfechtbar.

c) Den Gegensatz zum Trennungsrechte bildet das Verbindungsrecht (§ 147). Kraft dieser Befugniß kann das Gericht die Verbindung mehrerer bei ihm anhängiger Prozesse derselben oder verschiedener Parteien zum Zwecke der gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung anordnen, wenn die Ansprüche, welche den Gegenstand dieser Prozesse bilden, in rechtlichem Zusammenhange stehen oder in einer Klage hätten geltend gemacht werden können. Die Verbindung muß erfolgen, wenn mehrere Prozesse auf Anfechtung desselben Generalversammlungsbeschlusses einer Aktiengesellschaft oder einer eingetragenen Genossenschaft bei demselben Landgericht anhängig sind (§ 272 Abs. 2 HGB, § 51 Abs. 3 Ges. v. 1. Mai 1889)[1].

Diese Prozeßverbindung durch das Gericht führt dieselbe Wirkung herbei wie die objektive oder subjektive Klagenverbindung durch den Kläger (s. oben S. 193, 252). Es muß aber daran festgehalten werden, daß die gerichtsseitig angeordnete Verbindung mehrerer Prozesse den Zweck hat, das Verfahren zu vereinfachen und eine einheitliche Rechtsprechung in den zwar verschiedenen, aber mög-

[1] Vergl. auch § 517 CPO.

Digitized by Google

licherweise zusammengehörigen Prozessen zu ermöglichen. Die Wirkung der Verbindung ist daher keineswegs, wie die herrschende Meinung annimmt, eine Vereinigung der mehreren Prozesse zu einem einzigen Prozesse vom Zeitpunkte der Verbindung an, sondern, wie sich aus §§ 147, 300 ergiebt, nur die gleichzeitige Verhandlung mehrerer Prozesse und die „gleichzeitige" Entscheidung. Diese Gleichzeitigkeit wird am besten durch Erlaß eines einzigen Urtheils verwirklicht. Uebrigens entstehen auch im Falle der subjektiven Klagenverbindung mehrere Prozeßverhältnisse (s. oben S. 193 unter a).

d) Das Gericht hat die Aussetzungsbefugniß, die in mehreren Fällen zur Aussetzungspflicht wird.

aa) Das Gericht kann, wenn sich im Laufe des Rechtsstreits der Verdacht einer strafbaren Handlung ergiebt, deren Ermittlung auf die Entscheidung von Einfluß ist, die Aussetzung der Verhandlung bis zur Erledigung des Strafverfahrens anordnen. Doch schließt die Natur des Rechtsmittels der Revision diese Anordnung in der Revisionsinstanz aus (RG. 12, 367).

bb) Auch wenn die Entscheidung des Rechtsstreits von der Feststellung eines anderen Rechtsverhältnisses abhängig ist, kann das Gericht die Aussetzung anordnen (§ 148 CPO). Abhängigkeit des einen Rechtsverhältnisses von dem andern ist dann vorhanden, wenn ohne jenes Rechtsverhältniß dieses nicht bestehen kann, wie z. B. die Bürgschaftsverpflichtung von einer Hauptschuld abhängt (§§ 765, 767, 768 BGB). Verschieden von der Abhängigkeit (Präjudizialität) ist die Gleichheit (Identität) der Ansprüche. Macht aber eine Partei einen Anspruch, der in einem andern Streit rechtshängig ist, klage- oder einredeweise, insbesondere im Wege der Aufrechnung geltend, und erhebt der Gegner nicht die Einrede oder Replik der Rechtshängigkeit, so kann der Richter gemäß § 148 das öffentliche Interesse an der Vermeidung möglicherweise widersprechender Entscheidungen durch Aussetzung der Verhandlung wahren, obwohl nicht Abhängigkeit, sondern Gleichheit der Ansprüche gegeben ist; denn das Recht, das ihm im Falle der Präjudizialität gegeben ist, muß ihm unbedenklich auch im Falle der Identität zustehen.

Ist die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit einer Ehe, die Unehelichkeit eines Kindes, dessen Ehelichkeit angefochten ist,

Digitized by Google

oder das Bestehen oder Nichtbestehen einer Ehe für die Entscheidung einer Streitfrage anderer Art präjudiziell, so muß das Gericht die Aussetzung auf Antrag anordnen (§§ 151—155), damit die Vorfrage in einem besonderen Prozesse entschieden werde.

e) Das Gericht hat gewissen Personen gegenüber eine Zurückweisungsbefugniß, es kann nämlich (§ 157)

aa) Parteien, Bevollmächtigten und Beiständen, denen die Fähigkeit zum geeigneten Vortrage fehlt, niemals aber Rechtsanwälten, den weiteren Vortrag untersagen, und es kann

bb) Bevollmächtigte und Beistände, welche das mündliche Verhandeln vor Gericht geschäftsmäßig betreiben, doch nicht diejenigen Personen, welchen das Verhandeln vor Gericht seitens der Justizverwaltung gestattet ist (in Preußen „Prozeßagenten" genannt), zurückweisen.

Voraussetzung einer jeden dieser — einem Rechtsmittel nicht unterliegenden — Anordnungen ist natürlich, daß die Zulassung des Vortrages oder weiteren Vortrages einer dieser Personen eine Gefahr für die zweckentsprechende Behandlung der Sache begründet.

f) Prozeßleitend sind alle dem Mißbrauch der Rechtsschutzordnung entgegentretenden gerichtlichen Maßnahmen. Denn da die Benutzung der staatlichen Rechtsschutzeinrichtungen einem Jeden freisteht, ist die Gefahr des Mißbrauchs von selbst gegeben. Ihm entgegenzutreten, ist aber eine schwierige Aufgabe, da sich regelmäßig erst hinterher herausstellt, daß die Partei absichtlich oder aus grobem Versehen dem wahren Prozeßzwecke zuwidergehandelt hat. Die auch von der CPO an die Hand gegebenen Mittel, prozeßzweckwidrigem Gebahren entgegenzutreten, sind unzureichend, denn sie versagen gerade gegenüber dem schweren Mißbrauch unnöthiger Vertagungen und Terminsvereitelungen durch die Parteivertreter. Die vorhandenen Mittel sind

aa) vorbeugender Natur. Hierher gehört

α) die Sicherheitsleistung (§§ 108—113). Sie besteht in der Hinterlegung von Geld oder Werthpapieren zu dem Zwecke, dem Prozeßgegner für die ihm etwa verursachte Schädigung ein bereites Befriedigungsobjekt zu schaffen. Sie ist deshalb in allen denjenigen Fällen am Platze, wo eine Vorprüfung des gestellten Antrages nicht oder nicht vollständig erfolgen kann,

Digitized by Google

daher insbesondere bei Anordnung von Arresten und einstweiligen Verfügungen (§§ 921, 936) sowie bei der Zulassung vorläufiger Vollstreckbarkeit von Urtheilen (§§ 710, 713). Ausländer sind verpflichtet, dem Gegner wegen der Prozeßkosten Sicherheit zu leisten, wenn sie als Kläger auftreten und der Beklagte die Sicherheitsleistung verlangt. Wird der Anordnung des Gerichts nicht Folge geleistet, so schützt sich der Beklagte durch eine (verzichtbare) prozeßhindernde Einrede (§§ 274 Nr. 5, 110).

β) Der Sicherheitsleistung entspricht die vom Gerichte besonders ausgesprochene Kostenvorschußpflicht. Die Anordnung wird vom Gesetze (§ 379) insbesondere vor der Ladung von Zeugen zugelassen und hat den Zweck, die Staatskasse wegen der durch die Vernehmung des Zeugen ihr erwachsenden Auslagen zu decken. Denn erfahrungsgemäß wird mit der Benennung einer großen Zahl von Zeugen ein allerdings verzeihlicher Mißbrauch getrieben.

Beide Maßregeln wirken als Schutzmittel, weil die Nöthigung zur Zahlung eine erneute Prüfung des gestellten Antrages durch den Antragsteller selbst veranlaßt.

bb) Eine Strafe für begangenen Mißbrauch enthält die (oben S. 79) erwähnte Strafgebühr, ferner die Zurückweisung verspätet vorgebrachter Vertheidigungsmittel (§ 279), die Belastung der nachlässigen Partei mit den Prozeßkosten (§ 278 Abs. 2), die Kostenpflicht der Partei, welche ein Versäumnißverfahren gegen sich veranlaßt hat (§ 344), ferner die in §§ 427, 441 Abs. 3 derjenigen Partei angedrohten Nachtheile, welche den Urkundenbeweis unmöglich macht oder erschwert. Daß diese Nachtheile regelmäßig nicht durch besondere Anordnungen, sondern erst durch das Urtheil verwirklicht werden, ändert nichts an ihrer Natur als besonderer prozeßleitender Anordnungen. Nicht hierher gehört die Kostenpflicht überhaupt. Denn sie ist nicht eine Strafe für grundloses Prozessieren, sondern die gesetzliche Folge des Unterliegens (s. unten § 94).

§ 91. Die Beweisanordnungen insbesondere.

Von besonderer Wichtigkeit sind diejenigen Anordnungen, durch welche das Gericht sein Verlangen kundgiebt, den

Digitized by Google

Beweis einer streitigen Behauptung zu empfangen. Diese Anordnungen sind prozeßleitender Natur, weil sie die Herstellung der Urtheilsgrundlage betreffs derjenigen Parteibehauptungen bezwecken, deren Wahrheit nach dem bloßen Parteivortrage zweifelhaft ist, und sie sind ausschließlich prozeßleitend, weil sie keine Entscheidung über die Beweiserheblichkeit der Behauptung oder über die Beweislast enthalten.

Beweisanordnungen sind alle gerichtlichen Willenserklärungen, welche die Führung eines Beweises überhaupt oder die Förderung eines begonnenen Beweises verlangen. Hierher gehört auch der Beschluß, daß der Editionseid (s. oben S. 277) geleistet werde.

Das Verlangen, daß der Beweis einer streitigen Behauptung geführt werde, kann formlos ausgesprochen werden, wenn der sofortigen Beweisaufnahme kein Hinderniß im Wege steht, also wenn der zu hörende Zeuge an der Gerichtsstelle, die zu besehende Urkunde oder das Augenscheinsobjekt in den Händen einer Partei ist und in der mündlichen Verhandlung, in welcher das Bedürfniß des Beweises hervortritt, vorgelegt werden kann. Erfordert aber die Beweisaufnahme ein besonderes Verfahren, d. h. einen anderen, vor dem Prozeßgericht oder einem anderen Gericht anzusetzenden Termin, so bedarf es eines Beweisbeschlusses.

Der **Beweisbeschluß** enthält:

1) das Beweisthema d. h. die Bezeichnung der streitigen „Thatsachen", über welche der Beweis zu erheben ist; wie weit das Gericht in der Genauigkeit dieser Bezeichnung gehen will, ist Zweckmäßigkeitsfrage: findet die Beweisaufnahme vor dem Prozeßgerichte statt, so kann eine allgemein gehaltene Bezeichnung genügen; erfolgt die Beweisaufnahme durch einen ersuchten Richter, so ist möglichst genaue Bezeichnung geboten;

2) das Beweismittel d. h. die Bezeichnung des Beweismittels, durch welches der Beweis geführt werden soll, unter Benennung der zu vernehmenden Zeugen und Sachverständigen[1]). Hieraus folgt die Unzulässigkeit von Beweisbeschlüssen, welche die Namen der zu vernehmenden Personen offen lassen. Denn der Gegner des Beweisführers hat sich

[1]) Ausnahme: Ueberlassung der Auswahl des Sachverständigen an den mit der Vernehmung betrauten Richter, § 405 CPO.

Digitized by Google

auch über die Person des Zeugen zu erklären (§ 282). Erfolgt die Beweisaufnahme durch Abnahme eines zugeschobenen oder zurückgeschobenen Eides, so hat der Beweisbeschluß die Eidesnorm zu enthalten;

3) den Beweisführer, d. h. die Bezeichnung der Partei, welche sich zum Nachweise oder zur Widerlegung thatsächlicher Behauptungen auf das Beweismittel berufen hat. Keineswegs entscheidet das Gericht damit über die Beweislast.

Wie das Gericht diesen Beschluß zur Ausführung zu bringen hat, ist oben S. 84 ff. und bei Besprechung der einzelnen Beweismittel erörtert.

Daß der Beweisbeschluß nur auf Grund mündlicher Verhandlung erlassen werden kann, ist selbstverständlich. Die Folge ist, daß auch eine inhaltliche Aenderung des Beschlusses nur auf Grund einer neuen mündlichen Verhandlung stattfinden darf (§ 360).

b. Die Prozeßentscheidung.

§ 92. Begriff und Eintheilung.

Alle Bethätigungen des Prozeßleitungsamtes sind Anordnungen, daß etwas geschehen oder unterbleiben soll, Entscheidung ist der Ausspruch, daß ein Recht der Partei vorhanden oder nicht vorhanden ist. Die CPO hat sich jedoch bei ihrer Terminologie an diesen Gegensatz nicht gehalten, sie nennt alle für die Parteien maßgeblichen Aussprüche des Gerichts, daher auch die des Gerichtsschreibers (§ 576), Entscheidungen. Sie sind Verfügungen, wenn sie vom Vorsitzenden oder von einem beauftragten oder ersuchten Richter, Urtheile oder Beschlüsse, wenn sie vom erkennenden Gericht ausgehen. Zwischen den Beschlüssen und den Urtheilen besteht kein prinzipieller Gegensatz; es läßt sich als Leitsatz festhalten, daß Beschlüsse nur Prozeßleitungsakte sind, ein Satz, der aber durch den Umstand erschüttert wird, daß die Entmündigung durch Beschluß auszusprechen ist. Das Wort Urtheil wird von der CPO nur zur Bezeichnung wirklicher Entscheidungen gebraucht. Nach ihr kann der Ausspruch, daß der privatrechtliche Klageanspruch besteht oder nicht besteht, d. i. das Ziel des gesammten Prozeßverfahrens, nur durch Urtheil erfolgen. Aber auch die Ent-

Digitized by Google

scheidung darüber, ob dem Kläger ein prozessualischer Anspruch auf ein Sachurtheil überhaupt zusteht, d. h. die Entscheidung über das Vorhandensein des Prozeßrechtsverhältnisses, erfolgt in Gestalt eines Urtheils (§ 275).

Die Urtheile sind

1. entweder kontradiktorische[1]) oder Versäumnißurtheile. Ein Versäumnißurtheil ist aber nur dasjenige, das auf der Versäumniß einer Partei beruht; das Urtheil, das bei Säumniß des Beklagten die Klage abweist, ist demnach kein Versäumnißurtheil, denn es zieht die dem Kläger nachtheilige Folgerung nicht aus der unterlassenen Abwehr, sondern aus der fehlenden oder mangelhaften Begründung der Klage. Es giebt demnach in Ehe-, Kindschafts- und Entmündigungssachen kein Versäumnißurtheil gegen den Beklagten (§§ 618, 640, 641, 670 ff); denn wenn der Beklagte, der sich nicht vertheidigt, schließlich unterliegt, so ist dies nicht die Folge seiner Säumniß, sondern die Folge davon, daß die Klagethatsachen durch das Gericht festgestellt worden sind.

2. Das Wort Sachurtheil will stets ein den privatrechtlichen Anspruch des Klägers bejahendes oder verneinendes Urtheil bezeichnen. Als Gegensatz wird häufig das Wort „Kostenentscheidung" gebraucht, d. h. das Urtheil darüber, wer die Kosten des Rechtsstreits zu tragen hat. Der Gegensatz ist kein vollständiger, da auch alle die Urtheile, welche nur eine Entscheidung über das Prozeßrechtsverhältniß enthalten, den Sachurtheilen gegenüberstehen. Man kann sie insgesammt als Nicht-Sachurtheile bezeichnen und darunter alle Urtheile zusammenfassen, welche nur Prozeßrechte oder Prozeßfolgen zum Gegenstande haben. Weist ein Urtheil die Klage nur deshalb ab, weil der Kläger es unterlassen hat, eine zur Begründung seines Anspruches gehörende Thatsache zu behaupten, so wird ein Sachurtheil gefällt, denn das Gericht ist zu dieser Entscheidung auf Grund einer Prüfung des Klageanspruches gelangt.

3. Bedingte Urtheile sind diejenigen, welche die Entscheidung über den Klageanspruch von der Leistung eines Parteieneides abhängig machen, alle anderen Urtheile sind im Sinne der CPO unbedingte Urtheile. Denn wenngleich man die Vorbehaltsurtheile als auflösend-bedingte Ur-

[1]) Der Ausdruck wird von der CPO nicht gebraucht.

Digitized by Google

theile[1]) bezeichnen kann, so werden sie doch vom Gesetze nicht so genannt.

4. Nach den Wirkungen, welche das Urtheil auf die Erledigung des Prozesses haben kann, unterscheidet man Endurtheile und Zwischenurtheile.

A. **Endurtheil** ist nur dasjenige Urtheil, das den Rechtsstreit für die betreffende Instanz erledigt (RG 7, 427). Erledigt ist der Rechtsstreit,

1) wenn der Richter aus prozessualischen Gründen die Entscheidung über den Klageanspruch ablehnt, und
2) wenn er über den Klageanspruch entscheidet.

Der Fall zu 1 ist gegeben, wenn das Gericht einer prozeßhindernden Einrede stattgiebt, ferner dann, wenn ein Gericht höherer Instanz das Urtheil unterer Instanz aufhebt und die Sache zu anderweitiger Verhandlung und Entscheidung in die vorige Instanz zurückverweist[2]), ferner wenn das Gericht den Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zurückweist oder ein Rechtsmittel oder den Einspruch als unzulässig verwirft (§§ 275, 538, 539, 564, 565, 238, 741, 535, 566).

Der Fall zu 2 ist gegeben, sowohl wenn das Gericht das Vorhandensein des in der Klage oder der Widerklage geltend gemachten Anspruchs oder eines quantitativen Theiles dieses Anspruches oder der mehreren Ansprüche bejaht oder verneint, als auch dann, wenn der endgültige Ausspruch von einem der Partei auferlegten Eide abhängig gemacht ist (bedingtes Endurtheil s. oben unter 3).

Das Endurtheil ist entweder sogen. Vollurtheil[3]), wenn es den ganzen Rechtsstreit, oder Theilurtheil, wenn es nur einen quantitativen Theil (nicht des Streitstoffes, sondern) des Streitgegenstandes erledigt. Ein Theilurtheil soll[4]) nämlich erlassen werden,

a) wenn von mehreren in einer Klage geltend gemachten Ansprüchen nur der eine, oder
b) wenn von einem Anspruche nur ein Theil, oder
c) wenn bei erhobener Widerklage nur die Klage oder die Widerklage

[1]) Gaupp-Stein vor § 300.
[2]) RG 6, 335. Vergl. jedoch RG 12, 373 (?).
[3]) Von der CPO nicht gebrauchter, aber durch Fitting eingeführter Ausdruck. Planck braucht das Wort „Ganzurtheil" (I S. 54).
[4]) Nicht „kann". Vergl. Abs. 1 mit Abs. 2 des § 301.

Digitized by Google

zur Endentscheidung reif ist. Denn da durch das Theilurtheil ein Theil des Streitstoffes ausscheidet, vereinfacht sich die weitere Verhandlung; und da das Theilurtheil Endurtheil ist, erlangt die obsiegende Partei einen vollstreckbaren Schuldtitel, ohne auf die Erledigung des ganzen Rechtsstreites warten zu müssen. Da indessen durch ein Theilurtheil insbesondere dann Unzuträglichkeiten entstehen können, wenn gegen dieses Urtheil ein Rechtsmittel eingelegt wird, so daß derselbe Prozeß in zwei Instanzen verhandelt werden muß, hat das Gesetz es dem Gericht überlassen, von der Befugniß der Theilaburtheilung keinen Gebrauch zu machen, wenn die Lage der Sache ein Theilurtheil als nicht angemessen erscheinen läßt. Das Theilurtheil *muß* aber erlassen werden, wenn der Beklagte einen Theil des Klageanspruches *anerkennt* (§ 307), denn hier ist ein Bedenken gegen die Zweckmäßigkeit eines solchen Urtheils nicht vorhanden.

Das Urtheil, welches den nach Erlaß eines oder mehrerer Theilurtheile verbliebenen Rest des Rechtsstreits erledigt, wird gewöhnlich *Schlußurtheil* genannt.

Während also beim Vorhandensein mehrerer *Ansprüche*, die in einer Klage erhoben werden, ein *Theilurtheil* erlassen werden *kann* (§ 301), *muß* ein *Vollurtheil* gesprochen werden, wenn von mehreren zu gleichzeitiger Verhandlung und Entscheidung verbundenen *Prozessen* nur der eine zur Endentscheidung reif ist (§ 300 Abs. 2), denn es bleibt eben in diesem Falle trotz der Verbindung eine Mehrheit selbständiger Prozeßrechtsverhältnisse (s. oben S. 193).

Endurtheile sind ferner die sogen. *Vorbehaltsurtheile*, d. h. die dem Klageantrage zwar stattgebenden, aber nur unter dem Vorbehalte der Vertheidigungsmittel des Beklagten erlassenen, mithin nur vorläufigen Urtheile. Sie werden erlassen auf Grund einseitiger Berücksichtigung des Klagevorbringens, also materiell unvollständigen Gehörs und können nur unter bestimmten Voraussetzungen gesprochen werden.

aa) Im *Urkunden- und Wechselprozesse* müssen in allen den Fällen, in welchen der Beklagte dem geltend gemachten Anspruche nur überhaupt *widersprochen*, das Gericht aber dem Klageantrage ganz oder zum Theil stattgegeben hat, dem Beklagten die „Rechte", d. h. seine Vertheidigungsrechte vorbehalten werden (§ 599); hier kann der Beklagte im sogen. Nachverfahren *jede* Art von Vertheidigungsmitteln, die nicht schon im Urkundenprozesse als

Digitized by Google

unbegründet zurückgewiesen waren, und alle Beweismittel vorbringen (s. oben S. 103).

bb) Werden in zweiter Instanz Vertheidigungsmittel des Beklagten als verspätet zurückgewiesen, so ergeht nur ein Vorbehaltsurtheil (§§ 279, 540); denn da der Beklagte sie im Wege der Berufung nicht vorbringen kann, würde er sie ohne den Vorbehalt verlieren. Materiell unvollständig ist in diesem Falle die Urtheilsgrundlage nur insoweit, als sie das zurückgewiesene Vertheidigungsmittel ausschließt, nur dieses kann daher den Gegenstand der Verhandlung im Nachverfahren bilden.

cc) Wenn der Beklagte die Aufrechnung einer Gegenforderung geltend macht, welche mit der in der Klage geltend gemachten Forderung nicht in rechtlichem Zusammenhange steht, so bieten sich zwei Möglichkeiten:

α) Die Gegenforderung ist spruchreif zu der Zeit, da auch die Verhandlung über die Forderung zur Endentscheidung reif ist; hier muß das Gericht über beide Forderungen in demselben Endurtheil, d. h. es muß endgültig über den Klageanspruch entscheiden, ihn verneinen, wenn die Gegenforderung besteht, ihn bejahen, soweit die Gegenforderung nicht besteht.

β) Nur die Forderung, nicht auch schon die Gegenforderung ist spruchreif; in diesem Falle wäre es unbillig und würde der Neigung übler Schuldner zur Prozeßverschleppung Vorschub leisten, wollte man den Kläger auf das Urtheil bis nach Erledigung der vielleicht langwierigen Verhandlung über die Gegenforderung warten lassen. Im Anschluß an eine Entscheidung der vereinigten Civilsenate des Reichsgerichts (RG 31, 1) giebt deshalb eine neue Bestimmung der CPO (§ 302) dem Gerichte die Ermächtigung, eine die Forderung bejahende Entscheidung im Wege des Vorbehaltsurtheils zu treffen und nur die Entscheidung über die Gegenforderung, nicht auch die über andere Vertheidigungsmittel des Beklagten, vorzubehalten. Wird der Klageanspruch aus anderen Gründen als in Folge der Aufrechnung verneint, so bedarf es der Aufrechnung und also der Entscheidung über die Gegenforderung nicht; das klageabweisende Urtheil kann daher nie Vorbehaltsurtheil sein. Der § 302 CPO bildet insofern eine nothwendige Ergänzung des bürgerlichen Rechts, als

Digitized by Google

er die Liquidität der Gegenforderung, die jetzt nicht mehr, wie nach früherem Recht, Voraussetzung der Kompensation selbst ist, nur zu einer Vorbedingung schleunigen Rechtsschutzes für den Beklagten macht[1]).

In allen drei Fällen ist das Vorbehaltsurtheil ein Endurtheil, es unterliegt den etwa zulässigen Rechtsmitteln und enthält einen vollstreckbaren Schuldtitel.

Hinsichtlich des vorbehaltenen Prozeßstoffes bleibt der Rechtsstreit in derjenigen Instanz anhängig, in welcher der Vorbehalt erfolgt ist. Soll der Vorbehalt beseitigt werden, so bedarf es des sogen. Nachverfahrens, d. h. der mündlichen Verhandlung über den vorbehaltenen Prozeßstoff, zu welcher die betreibende Partei den Gegner zu laden hat (s. darüber oben S. 103, 104). In diesem einen Theil desselben Prozesses bildenden Nachverfahren ist natürlich auf beiden Seiten eine Versäumniß möglich. Die Folgen der Versäumniß beschränken sich aber nur auf den vorbehaltenen Prozeßstoff. Ist also der Kläger säumig, so ist dasjenige Vorbringen, auf welches sich der Antrag des Beklagten stützt, als zugestanden anzusehen; ist der Beklagte säumig, so wird er mit dem, was er vorbringen konnte, ausgeschlossen.

B. **Zwischenurtheile** sind Urtheile, welche einen Zwischenstreit erledigen oder einen Bestandtheil der künftigen Entscheidung vorwegnehmen.

a) Ein Zwischenstreit kann unter den Parteien, er kann aber auch zwischen den Parteien oder einer Partei und einem Dritten entstehen.

Was als ein des besonderen Urtheils bedürfender Zwischenstreit unter den Parteien anzusehen, hat das Gesetz dem Ermessen des Gerichts überlassen. Es gehören hierher insbesondere Streitigkeiten über die Herausgabe oder die Echtheit einer Urkunde, über Zulässigkeit einer Eideszuschiebung oder Zurückschiebung (vergl. § 366). Ein Zwischenurtheil ist dann zweckmäßig oder nothwendig, wenn der Fortgang des Prozesses von der Erledigung des Streitpunktes abhängt.

Ein Zwischenstreit zwischen den Parteien einerseits und einem Dritten andererseits ist insbesondere dann gegeben, wenn über die Zulassung eines Nebenintervenienten (§ 71),

[1]) Mein bürgerliches Recht Deutschlands. 2. Aufl. S. 277.

Digitized by Google

über die Verpflichtung eines Rechtsanwalts zur Herausgabe einer ihm überlassenen Urkunde (§ 135), über die Rechtmäßigkeit der Weigerung eines Zeugen oder Sachverständigen, seine Aussage zu machen (§§ 387, 402), gestritten wird.

b) Ein Bestandtheil der künftigen Endentscheidung wird vorweggenommen immer dann, wenn Streitpunkte, die der Richter, um zu einem Ausspruche über den Klageantrag zu gelangen, entscheiden muß, welche also „Elemente" dieses Ausspruches enthalten, durch besonderes Urtheil erledigt werden. Das Gesetz giebt die Ermächtigung zum Erlaß eines solchen Zwischenurtheils,

α) wenn ein einzelnes selbständiges Angriffs- oder Vertheidigungsmittel zur Entscheidung reif ist (§ 303); dann kann dieses allein für begründet oder für unbegründet erklärt werden;

β) wenn ein Anspruch nach Grund und Betrag streitig ist (§ 304); dann kann über den Grund des Anspruches vorab entschieden werden.

Das Urtheil zu α ist ein „gewöhnliches Zwischenurtheil", das nicht selbständig angefochten werden kann, das Urtheil zu β ein selbständig anfechtbares Urtheil. Der Zweck des Zwischenurtheiles ist in jedem Falle Vereinfachung des Prozeßstoffes, im Falle zu β außerdem Ersparung einer vielleicht überflüssigen Beweisaufnahme, wenn das den Grund bejahende Urtheil unterer Instanz in höherer Instanz aufgehoben wird.

Ein gewöhnliches Zwischenurtheil kann demnach erlassen werden, wenn einer von mehreren Klagegründen verneint wird (z. B. „der Klageanspruch ist, soweit er auf den Vertrag vom . . . . gestützt wird, unbegründet"), ferner wenn ein Vertheidigungsmittel für unbegründet befunden wird, z. B. der Einwand mangelnder Sachlegitimation, der Einwand der Verjährung. Denn wird auch nur ein Klagegrund bejaht, so wird damit der ganze Klageanspruch bejaht, wird ein einziges Vertheidigungsmittel für begründet erklärt, so ist die Klage durch Endurtheil abzuweisen. Den einzigen Klagegrund zu bejahen und die Entscheidung über die Vertheidigungsmittel vorzubehalten[1]), ist nicht zulässig, da das Gesetz Zwischenurtheile nur über „ein einzelnes" Angriffsmittel zuläßt.

[1]) Wie RG in Kaffow-Küntzel 28, 1146 will.

Digitized by Google

Voraussetzung eines nach § 304 nur den Grund des Anspruches betreffenden Zwischenurtheils ist,

α) daß der Anspruch nach Grund und Betrag streitig ist; denn ist der Betrag unstreitig, so fällt das Bedürfniß der Vorabentscheidung weg (RG 12, 353);

β) daß der Anspruch für begründet befunden wird; denn erweist er sich als unbegründet, so muß die Klageabweisung durch Endurtheil erfolgen (insbesondere RG 16, 311; 17, 349); aus dem Erlaß des Zwischenurtheils folgt also, daß nach Ansicht des Gerichts ein Anspruch auf irgendeinen, wenngleich noch so geringen, Betrag besteht;

γ) daß nach der Feststellung des Bestehens eines Anspruches nur noch der Betrag streitig bleibt: hieraus folgt, daß das Zwischenurtheil alle gegen das Dasein des Anspruchs gerichteten Einreden erledigen muß (RG 31, 361).

§ 93. Die urtheilende Thätigkeit des Richters.

Das einzelne Urtheil enthält stets die Anwendung eines Rechtssatzes auf einen Thatbestand. Der Rechtssatz bildet den Obersatz, der Thatbestand den Untersatz, der Ausspruch, was hiernach für die Parteien Rechtens ist, den Schlußsatz. Das Urtheil spricht also aus, was der Wille der Privatrechtsordnung betreffs des im Streite befindlichen Lebensverhältnisses ist, es setzt die abstrakte allgemeine Rechtsnorm um in ein das vorliegende Rechtsverhältniß dieser Parteien bestimmendes (konkretes) Rechtsgebot.

1. Der heutige Richter kann also nur vorhandenes Recht anwenden, nicht neues Recht schaffen. Er findet das anzuwendende Recht im Gesetze oder im Gewohnheitsrecht. Diese Auffindung ist in zahlreichen Fällen eine schwierige, sie ist die wissenschaftliche, juristisch-theoretische Aufgabe des Richters, bei deren Lösung alle Mittel, das geltende Recht geistig zu durchdringen, als Hülfsmittel herangezogen werden können und sollen. Aber auch nur als Hülfsmittel, nicht als Rechtsquelle. Dies gilt insbesondere von den sogen. Vorarbeiten der gesetzgebenden Faktoren und von den Entscheidungen anderer, namentlich der höchsten Gerichtshöfe. Immer ist es nur die gesammte Entstehungsgeschichte einer Gesetzesbestimmung, welche Aufschluß über den Zweck und damit über den Sinn der Bestimmung geben kann, niemals darf die einzelne Bemerkung

Digitized by Google

oder gar das Schweigen von Abgeordneten oder Regierungsvertretern als eine Offenbarung höherer Art gläubig hingenommen werden. Und wenngleich das eindringende Studium von Entscheidungen angesehener Gerichtshöfe auch für den älteren Juristen ein vorzügliches Bildungsmittel ist, so besteht doch die Gefahr des eines wissenschaftlich gebildeten Richters unwürdigen „Präjudizienkultus" in der mechanischen Herausnahme einzelner Sätze einer Entscheidung aus dem Zusammenhange[1]).

Hat der Richter auf dem Wege dieser theoretischen Arbeit den anzuwendenden Rechtssatz gefunden, so soll er es unterlassen, alle von ihm gebrauchten Hülfsmittel gewissenhaft anzuführen. Denn das Urtheil spricht zu den Parteien, und diese haben nur Interesse daran, was das Gericht, nicht an dem, was Windscheid oder Brinz sagt.

2. In der Beurtheilung des gegebenen Thatbestandes besteht die juristisch-praktische Aufgabe des Richters.

a. Diese beginnt damit, daß er die Thatsachenbehauptungen der Parteien einstweilen als wahr unterstellt und dann darauf hin prüft, ob und welches Rechtsverhältniß aus ihnen folgt. Wie der Arzt seine Diagnose auf eine Reihe von Krankheitssymptomen stützt, so hat der Richter die Natur des dem Streite zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses aus den ihm mitgetheilten Lebensvorgängen zu ergründen, und wie für jenen das Urtheil des Kranken nicht maßgebend ist, so hat auch dieser sich nicht an die Rechtsauffassung der Parteien zu binden, sondern nur die Frage zu prüfen, ob die von der Partei mitgetheilten Thatsachen aus irgend einem rechtlichen Gesichtspunkte den bei ihm gestellten Antrag rechtfertigen. So zweckmäßig es also auch jetzt noch sein mag, wenn die Juristen der einfacheren Verständigung wegen die aus dem römischen Recht überlieferten Bezeichnungen von Ansprüchen und Vertheidigungsrechten verwenden, so wenig ist es für die Parteien, wie im römischen Civilprozeß, geboten, ihre Rechtsbehauptungen durch juristisch-technische Ausdrücke (wie

[1]) Damit wird am häufigsten gefehlt. Es ist deshalb zu beklagen, daß das juristische Publikum mit der unvollständigen Wiedergabe auch der unbedeutendsten Entscheidungen geradezu überfluthet wird. Ein mustergültiges Werk sind die — leider jetzt veralteten — Rehbeinschen Entscheidungen des Obertribunals.

Digitized by Google

z. B. „ich erhebe die actio pigneraticia in personam“) juristisch zu charakterisiren (s. oben S. 244). Wo diese Prüfung keine ganz einfache ist, lasse der Richter zuerst sein Rechtsgefühl walten und frage sich erst dann, ob das so gewonnene Ergebniß sich durch Rechtssätze begründen läßt: da unser Privatrecht fast überall die ratio scripta ist, wird sich das von dem verfeinerten Rechtsgefühl eingegebene Urtheil fast immer als das richtige darstellen.

Hat der Richter auf diese Weise das Rechtsverhältniß, über das die Parteien streiten, erkannt, so hat er die vorgetragenen Thatsachen nach dem Gesichtspunkte hin zu prüfen, ob sie die vorliegenden Anträge rechtfertigen: die Thatsachen, die hierzu nicht geeignet sind, bleiben als nicht rechtserhebliche ferner außer Betracht; sind nicht alle rechtserheblichen Thatsachen behauptet, so sind die Parteien zu vollständiger Erklärung aufzufordern (§§ 136, 139, 503).

b. Sind die rechtlich wichtigen Thatsachen behauptet, so fragt es sich, ob sie für den Richter feststehen. Und zwar stehen nur diejenigen für ihn nicht fest, welche vom Gegner bestritten sind oder welche wegen der Natur des Streitverhältnisses (§§ 617, 618, 640, 641, 670 ff.) trotz Geständnisses oder Schweigens der Gegenpartei der Feststellung bedürfen.

Die Thatsachen, welche nicht feststehen, sollen durch Beweisführung festgestellt werden, und das Verlangen nach dieser Beweisführung hat der Richter durch eine prozeßleitende Anordnung (meist Beweisbeschluß) auszusprechen (s. oben S. 333 ff).

Die Ergebnisse der Beweisaufnahme unterliegen der Beweiswürdigung durch den Richter.

aa) Grundsätzlich hat der Richter nach der CPO (§ 286) bei der Beweiswürdigung nur seiner freien d. h. durch gesetzliche Vorschriften nicht beengten Ueberzeugung zu folgen (Grundsatz der freien Beweiswürdigung). Nicht frei ist der Richter in der Beschaffung des Ueberzeugungsmaterials, vielmehr hat er bei der Beweisaufnahme dem Gesetze zu folgen. Er darf daher im Beweisverfahren den Grundsatz der Unmittelbarkeit nicht verletzen, er darf den Zeugenbeweis nicht in einen Urkundenbeweis verwandeln, indem er sich mit Bescheinigungen von Personen begnügt, die er als Zeugen vernehmen kann, er darf ferner nicht die Parteien eidlich wie Zeugen vernehmen. Aber er ist in der

Digitized by Google

Beurtheilung des auf gesetzmäßigem Wege hergestellten Prozeßstoffes frei. Er hat daher die Thatsachenbehauptungen der Parteien nicht nur nach ihrer formalen Seite als bloße Parteibehauptungen zu berücksichtigen, sondern nach ihrem inneren Werthe zu beurtheilen; er kann demnach eine Behauptung unbeachtet lassen, wenn er von ihrer Unwahrheit überzeugt ist, und er kann ihr ohne Beweisführung glauben, wenn sie jenen hohen Grad von Wahrscheinlichkeit besitzt, mit dem er sich begnügen muß[1]). Hierbei sowohl als auch bei Prüfung der eigentlichen Beweisergebnisse soll sich der Richter nur durch die Denkgesetze und durch seine Lebenserfahrungen leiten lassen. Darum bezeugt die Bemerkung, die man häufig bei der Berathung aus dem Munde von Richtern zu hören bekommt: „Als Mensch bin ich überzeugt, aber nicht als Richter," entweder eine völlige Verkennung des Grundsatzes freier Beweisprüfung oder eine Verwechselung von Ueberzeugung und bloßem Wähnen. Die Aufgabe des Richters ist aber gerade hierbei eine besonders schwierige und verantwortungsvolle, weil zur richtigen Würdigung zahlreicher Lebensvorgänge die allgemeinen Lebenserfahrungen nicht ausreichen, sondern besondere Erfahrungen, die der Richter nicht besitzen kann, erforderlich sind, und weil auch nur Verständniß für die mannigfaltigen Erscheinungen des Lebens nur Derjenige besitzt, der mit einer feinen Beobachtungsgabe reges Interesse für das menschliche Seelenleben und für die Vorgänge in Handel und Wandel verbindet. Die häufigen und leider oft gerechtfertigten Klagen über „unpraktische" Entscheidungen finden ihren Nährboden in dem schablonenhaften, auf rasches Fertigwerden gerichteten „Abmachen", das gegen die individuellen Besonderheiten jedes einzelnen Falles abstumpft nnd die Herbeiziehung von Hülfsmitteln für die eigene Erkenntniß (Lektüre, private Information, Zuziehung von Sachverständigen schon zur Verhandlung) als Hindernisse „prompter Geschäftserledigung" verwirft.

Besonders frei gestellt ist das Gericht (durch § 287) bei Beurtheilung der Frage, ob ein Schaden entstanden ist und wie hoch sich der Schaden oder ein zu ersetzendes Interesse

---

[1]) Von dieser Befugniß machen die französischen Gerichte einen ausgiebigen, die deutschen Gerichte nur sehr geringen Gebrauch (§ 286 sagt aber: „und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme").

Digitized by Google

beläuft. Das Gesetz hat damit dem „Nothstande der Schädensprozesse“ abhelfen und deshalb den Richter auch von den beengenden Schranken der Verhandlungsmaxime befreien wollen. Das Gericht hat daher nicht blos die vorgetragenen, sondern alle ihm irgendwie bekannten Umstände zu berücksichtigen; wie es ferner nicht gezwungen ist, auf eine beantragte Beweisaufnahme einzugehen, hat es die Befugniß, von Amtswegen die Begutachtung durch Sachverständige anzuordnen, ja es kann dem Beweisführer die eidliche Schätzung seines Schadens oder seines Interesses aufgeben, unter Bestimmung eines Betrages, den die Schätzung nicht übersteigen soll. Damit werden in zahlreichen Fällen Schadensersatzklagen, bei denen die einzelnen den Kausalzusammenhang zwischen schädigendem Ereigniß und Schaden vermittelnden Thatsachen sich dem regelmäßigen Beweise ganz oder zum Theil entziehen, sowie diejenigen, bei denen zwar das Dasein eines Schadens gewiß, die Höhe des Schadens aber schwer nachweisbar ist, vor der Gefahr der Abweisung geschützt. Das schadenbringende Ereigniß dagegen unterliegt der regelmäßigen Beweisführung.

In jedem Falle hat der Richter den Parteien über seine Ueberzeugungsgründe Rechenschaft zu geben, er schützt sich damit zugleich vor der in Deutschland allerdings sehr geringen Gefahr, ein unbestimmtes Meinen für Ueberzeugung zu halten.

bb) Ausnahmsweise ist der Richter an gesetzliche Beweisregeln, d. h. an Vorschriften gebunden, die ihm befehlen, etwas als bewiesen zu behandeln, wovon er vielleicht nicht überzeugt ist. Dies gilt

α) vom Urkundenbeweise, insofern die Urkunden entweder „vollen“ Beweis des durch die Behörde oder die Urkundenperson beurkundeten Vorganges (§ 415), oder dafür, daß die in der Urkunde enthaltene Erklärung vom Aussteller abgegeben ist (§ 416), oder „vollen“ Beweis ihres gesammten Inhaltes oder der bezeugten Thatsachen liefern (§§ 417, 418); soweit aber ein Gegenbeweis zulässig ist und geführt wird, kommt die freie Beweisprüfung zur Geltung;

β) vom Nachweise einer Zustellung in gewissen Fällen (§§ 198, 202);

γ) vom Nachweise dessen, was vorgetragen ist, durch den Urtheilsthatbestand (§ 314);

Digitized by Google

δ) vom Parteieneide (§ 463, 464) in der oben S. 296 dargestellten Weise. In Wirklichkeit ist dies, soweit der zugeschobene Eid in Betracht kommt, keine Ausnahme.

Da das Urtheil nur auf diejenigen Thatsachen gegründet werden kann, welche für den Richter feststehen, so scheidet jede bestrittene und unbewiesen gebliebene Thatsache bei der Beurtheilung des Rechtsstreits ebenso aus wie die nicht behauptete. Hierzu folgendes Beispiel: Der Kläger beantragt die Verurtheilung des Beklagten zur Zahlung von Schadensersatz und begründet diesen Antrag mit der Behauptung, der Beklagte habe sich verpflichtet, für die Fabrik des Klägers eine Maschine herzustellen und bis spätestens den 1. Dezember 1900 in einem bestimmten Raume der Fabrik aufzustellen, er habe die Maschine aber erst am 7. Dezember aufgestellt und sei also in Verzug gekommen (§ 286 Abs. 1 BGB). Der Beklagte bestreitet jene Zeitbestimmung und behauptet, an der nach Ansicht des Klägers rechtzeitigen Aufstellung der Maschine dadurch verhindert worden zu sein, daß der Raum, in welchem sie aufgestellt werden sollte, von den Arbeitern des Klägers erst am 3. Dezember freigemacht worden sei. Die Beweisaufnahme ergiebt nicht, daß der Beklagte die Maschine bis spätestens zum 1. Dezember aufstellen sollte. Der Richter hat es deshalb nur mit einem keine Zeitbestimmung enthaltenden Werkvertrage zu thun und also zu prüfen, ob der Beklagte mit der Erfüllung eines solchen Vertrages in Verzug gekommen ist. Verneint er dies, so hat er den Prozeß so zu entscheiden, als ob jene Zeitbestimmung gar nicht behauptet worden wäre. Glaubt er nach Inhalt des Vertrages (der ihm durch Vorlegung des Briefwechsels der Parteien bekannt wird), doch Verzug annehmen zu müssen, erhebt er deshalb den Beweis über die Unmöglichkeit der Aufstellung vor dem 4. Dezember, kommt er aber nicht zu der Ueberzeugung, daß die Verspätung durch die Arbeiter des Klägers verursacht worden sei, so scheidet die dahin gehende Behauptung des Beklagten ebenso aus, als ob sie überhaupt nicht aufgestellt worden wäre. Das Mißlingen des Beweises hat also in jedem Falle zur Folge, daß der Prozeß anders entschieden wird, als er im Falle des Beweiserfolges entschieden worden wäre. Es fragt sich: wem gereicht das Mißlingen des Beweises zum Nachtheil? Der Nachtheil trifft diejenige Partei, deren Aufgabe es gewesen wäre, den Beweis zu führen,

Digitized by Google

ebenso wie die nachtheilige Folge davon, daß eine Thatsache gar nicht behauptet worden ist, diejenige Partei trifft, welche die Thatsache hätte behaupten sollen. Die Aufgabe der Partei, eine Behauptung zu beweisen (**Beweislast**), ist also nur eine Folge der Behauptungslast.

Die CPO stellt selbständige Grundsätze über die Beweislast nicht auf[1]), setzt aber, wie sich z. B. aus § 447 ergiebt, solche Grundsätze voraus. Zwar wird heute nicht mehr wie nach dem gemeinen Prozeßrechte vor der Beweisführung entschieden, welche Partei einen Beweis zu führen hat, gleichwohl soll sich jeder methodisch arbeitende Richter auch heute schon bei Entgegennahme des Parteivortrages[2]), und er muß sich über die Beweislast einmal dann klar werden, wenn eine Eideszuschiebung erfolgt, als auch dann, wenn das Beweisergebniß vorliegt, aber eine Behauptung, welche hätte bewiesen werden sollen, unbewiesen geblieben ist. Denn von der Eideszuschiebung kann nur die beweispflichtige Partei Gebrauch machen, und läßt das Beweisergebniß eine Lücke, so trägt die beweispflichtige Partei den Nachtheil.

Wer die Beweislast hat, war schon im römischen Rechte durch die Grundsätze: Actore non probante reus absolvitur; ei incumbit probatio qui dicit non qui negat; excipiendo reus fit actor ausgesprochen. Diese dem Prozeßrecht angehörigen allgemeinen Grundsätze haben folgenden Sinn:

> Die Partei, welche einen ihr günstigen Rechtssatz anruft und zum Obersatze eines von ihr aufgestellten Schlusses macht, hat diejenige Behauptung aufzustellen und nöthigenfalls zu beweisen, welche den Untersatz ihres Schlusses bildet.

Welche Thatsachen die Voraussetzung einer Rechtswirkung bilden, was also im einzelnen Falle zu behaupten und zu beweisen, bestimmt das materielle Recht. Die Frage, welche Partei im einzelnen Falle die Beweislast hat, ist daher eine privatrechtliche, sie beantwortet sich, da das BGB es vermieden hat, allgemeine Vorschriften über die Beweislast[3]) zu geben, der Regel nach aus denjenigen Bestimmungen,

---

[1]) Ueber § 292 s. unten.

[2]) So auch O. Fischer: Recht und Rechtsschutz. 1889. S. 18.

[3]) Der 1. Entwurf des BGB gab deren in §§ 193—198 eine ganze Reihe. Sie gehörten nicht in das BGB, sondern in die CPO (vergl. O. Fischer a. a. O. S. 18 ff.), sind aber ganz fallen gelassen worden.

Digitized by Google

welche eine Rechtswirkung an einen bestimmten Thatbestand knüpfen, von selbst; denn wer jene Rechtswirkung behauptet, hat den vom Gesetze vorausgesetzten Thatbestand (die rechtsbegründenden Thatsachen) zu beweisen. Es entscheidet also jeder Satz des Privatrechts stillschweigend auch über die Beweislast. Das BGB hat sich ferner von dem richtigen Gedanken leiten lassen, daß diejenigen besonderen Thatsachen, welche die regelmäßige Wirkung eines Thatbestandes ausschließen, von derjenigen Partei zu behaupten sind, welche die rechtliche Wirkung jenes Thatbestandes verneint. Es hat daher an vielen Stellen neben den einen bestimmten Thatbestand als regelmäßige Vorbedingung einer Rechtsfolge aufstellenden Satz einen zweiten Satz gestellt, welcher angiebt, unter welcher Voraussetzung jene Wirkung nicht eintritt, es hat so den zweiten Satz als Ausnahme der im ersten Satze gegebenen Regel gegenübergestellt[1]).

Obwohl das BGB an jeder einzelnen Stelle diese besonderen oder Ausnahmethatsachen, d. h. die sogen. rechtshindernden Thatsachen besonders bezeichnet[2]) (s. oben S. 254), muß sein Beweislastprinzip doch in allen Fällen, in denen eine rechtshindernde Thatsache behauptet wird, zur Geltung kommen. Vielfach wird zu ihnen auch der Mangel einer allgemeinen Voraussetzung einer Rechtswirkung gezählt, so daß Derjenige, welcher die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes wegen Geschäftsunfähigkeit eines Kontrahenten oder wegen eines Willensfehlers geltend machen wollte, für seine dahin gehende Behauptung die Beweislast hätte. In Wahrheit aber hat die Partei, welche aus einem Rechtsgeschäft einen Anspruch herleitet, auch die Gültigkeit des Geschäftes zu beweisen, und behauptet der Gegner die Nichtigkeit des Geschäftes, so wird die anspruchbehauptende Partei nur zu dem ihr obliegenden Beweise besonders veranlaßt: es stehen sich dann also Beweis und Gegenbeweis gegenüber und der Richter wird beide Beweise erheben.

Das materielle Recht giebt einige ausdrückliche Beweislastvorschriften in den Rechtsvermuthungen. Diese haben nur die Vertheilung der Beweislast zum Zwecke: denn sie sind Schlußfolgerungen, welche auf Grund gegebener

[1]) S. besonders Planck Kommentar z. BGB S. 45 ff.

[2]) Z. B. §§ 173, 206, 687 Abs. 1, 831, 832, 911, 1345, 1416 Abs. 2, 1521, 1537, 1974, 145, 153, 273 Abs. 2, 793 Abs. 1, 876, 1156, 1919, 1795 Nr. 1, 2169 BGB.

Digitized by Google

Thatsachen das Gesetz zieht, im Gegensatze zu den thatsächlichen Vermuthungen (praesumtiones facti oder hominis), d. h. den Schlußfolgerungen, die der Richter aus gegebenen Thatsachen zieht. Die Rechtsvermuthung nimmt die allgemeine Erfahrung, der Richter nur seine eigene Lebenserfahrung zu Hülfe. Wer sich auf eine Rechtsvermuthung beruft, hat daher nur die vorausgesetzte Thatsache zu beweisen, den Beweis der gefolgerten Thatsache nimmt ihm das Gesetz ab. Da es jedoch Fälle geben kann, in denen die Schlußfolgerung des Gesetzes nicht zutrifft, ist dem Gegner des Beweisführers grundsätzlich die Befugniß eingeräumt, die Schlußfolgerung im Wege des Gegenbeweises zu entkräften (§ 292 CPO), und dieser Gegenbeweis kann auch durch Eideszuschiebung geführt werden. Mehr als bloße Beweislastvorschriften sind die unwiderleglichen Rechtsvermuthungen (praesumtiones juris et de jure). Denn sie sind, wie die Fiktionen, Rechtssätze, die nur in die Form einer Vermuthung gekleidet sind[1]).

Daß die sogen. rechtsvernichtende Thatsache, d. h. diejenige, welche ein entstandenes Recht vernichtet hat, von Demjenigen zu beweisen ist, welcher den aus jenem Rechte hergeleiteten Anspruch abwehren will, bedarf keiner Erörterung. Denn die rechtsvernichtende Thatsache (z. B. die Zahlung) bildet den Untersatz in seinem Schlusse, daß der gegnerische Anspruch erloschen sei.

In dem oben gebrauchten Beispiele hatte der Kläger zu beweisen, daß der Beklagte in Verzug gerathen sei (§ 286 BGB); er thut dies in der Weise, daß er eine Thatsache behauptet, welche regelmäßig Verzug begründet (§ 284 Abs. 2); der Beklagte setzt ihm die rechtshindernde Thatsache entgegen, daß er die Verzögerung nicht verschuldet habe (§ 285 BGB).

§ 94. Die Entscheidung über die Prozeßkosten.

Ueber die Verpflichtung, die Prozeßkosten zu tragen, hat das Gericht auch ohne Antrag zu erkennen (§ 308 Abs. 2). Denn sie ist die einfache gesetzliche Folge prozessualischen Handelns. Daher bildet der Anspruch auf Ersatz der Prozeßkosten einen so untrennbaren Theil desjenigen Rechtsstreits, durch den sie verursacht worden sind,

[1]) Mein bürgerliches Recht Deutschlands. 2. Aufl. S. 152 f.

Digitized by Google

daß nur in ihm über diesen Anspruch entschieden werden kann. Ist daher bei der Endentscheidung der Kostenpunkt ganz oder theilweise übergangen, so kann nur die Ergänzung des Urtheils (§ 321) verlangt, nicht aber eine neue Klage auf Erstattung der Kosten erhoben werden (RG 22, 421). Eine solche Klage ist nur zulässig wegen der mittelbar durch den Prozeß verursachten Schäden und würde nur auf die allgemeinen civilrechtlichen Grundsätze von der Verpflichtung zum Schadensersatz begründet werden können.

Wer eine Prozeßhandlung vornimmt, verursacht sich selbst diejenigen Kosten, ohne welche er die Handlung überhaupt nicht oder nicht in zweckentsprechender Weise vornehmen kann. Diese sogen. außergerichtlichen Kosten bestehen vorzugsweise in aufgewendetem Porto, an den Rechtsanwalt gezahlten Gebühren, und in Reisekosten. Durch die Vornahme von Prozeßhandlungen entsteht aber auch eine Kostenpflicht gegenüber dem Staate. Diesem erwächst nämlich ein Anspruch auf Erstattung der Auslagen, die er im Interesse der Parteien macht (z. B. Schreiblohn, Porto), und auf Zahlung von Gebühren für die Gewährung des staatlichen Rechtsschutzes. Diese an den Staat zu zahlenden Beträge bilden die sogen. gerichtlichen Kosten. Beide Arten von Kosten zusammen stellen die Prozeßkosten dar.

Der Anspruch des Staates auf Zahlung von Gerichtskosten ist ein öffentlich-rechtlicher; seine Entstehung ist an die Thatsache geknüpft, daß ein „gebührenpflichtiger" Akt vorgenommen oder dem Staate durch die Handlung einer Partei eine Auslage erwachsen ist. Zur Zahlung der Gerichtskosten ist daher grundsätzlich diejenige Partei verpflichtet, welche das Verfahren der betreffenden Instanz beantragt hat (§ 89 GKG). Dieser Grundsatz hat

1) die Folge, daß für jede Instanz vom Antragsteller ein Gebührenvorschuß zu zahlen ist (§ 81), und daß die Vorschußpflicht bestehen bleibt, auch wenn durch richterliche Entscheidung oder Uebernahmeerklärung die andere Partei zur Kostenzahlung verpflichtet wird (§ 90);

2) er erleidet die Einschränkung, daß, wenn eine gerichtliche Entscheidung über die Kostenpflicht erfolgt oder dem Gerichte gegenüber eine Parteierklärung über die Kostenpflicht abgegeben wird, nunmehr die zu den Kosten verurtheilte

Digitized by Google

oder diejenige Partei dem Staate verpflichtet wird, welche die Kosten übernommen hat (§ 86), aber nur hinsichtlich derjenigen Beträge, welche der Staat noch nicht erhalten hat.

Wird also durch Entscheidung oder Uebernahmeerklärung diejenige Partei Kostenschuldner, welche bereits einen Vorschuß geleistet hat, so ist der gezahlte Betrag für diese Partei endgültig verloren; wird aber der Gegner Kostenschuldner, so erwächst für die Partei hinsichtlich der vorgeschossenen Beträge, sowie überhaupt wegen aller, auch der außergerichtlichen Kosten ein Anspruch auf Erstattung der Prozeßkosten gegen den Kostenschuldner. Ueber diesen Anspruch entscheidet nicht das Gerichtskostengesetz, sondern die CPO (§§ 91 ff).

Diese Prozeßkostenerstattungspflicht hat nicht die Natur einer Strafe und beruht auch keineswegs auf einem besonderen Verschulden, sondern auf der Thatsache einer Verursachung der Partei- und Gerichtsthätigkeit. Sie trifft danach, wenn sie nicht durch eine verbindliche Willenserklärung übernommen ist, die im Rechtsstreit unterliegende oder die Partei, welche eine Klage erhoben oder ein Rechtsmittel eingelegt und dann zurückgenommen hat (§§ 271, 515, 566).

Das Verursachungsprinzip greift auch da Platz, wo eine im eigentlichen Sinne unterliegende Partei nicht vorhanden ist, d. h. da, wo der Rechtsstreit in anderer Weise als durch Urtheil erledigt wird, die Parteien aber eine Entscheidung über die Kosten verlangen (§ 99), sowie da, wo auf Grund einseitigen Antrages und einseitigen Gehörs dem Verlangen (z. B. einer Beschwerde) der beantragenden Partei stattgegeben worden ist. Denn die Kosten sind in jenem Falle dem Beklagten aufzuerlegen, wenn er durch sein Verhalten die Klage veranlaßt hat, im zweiten Falle dem Gegner des Antragstellers, denn er ist die unterliegende Partei. Aus demselben Prinzipe folgt, daß die Kostenpflicht ihre Grenze in denjenigen Beträgen findet, die dem anderen Theile durch den unterliegenden Gegner verursacht worden sind, mithin in dem, was zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nothwendig war, folglich nicht das umfaßt, was die obsiegende Partei schuldhafterweise oder aus Bequemlichkeit aufgewendet hat (§ 91—97).

Das Urtheil entscheidet nur über die Kostenpflicht, nicht auch über die Höhe des Kostenbetrages.

Digitized by Google

Der Betrag der noch zu zahlenden gerichtlichen Kosten wird in einer vom Gerichtsschreiber aufgestellten Kostenrechnung angegeben, und ohne daß es einer den Betrag festsetzenden richterlichen Entscheidung bedürfte, vom Kostenschuldner beigetrieben. Diesem steht aber ebenso wie der Staatskasse die Befugniß zu, gegenüber dem Kostenansatze des Gerichtsschreibers durch eine Erinnerung die Entscheidung des Prozeßgerichts anzurufen und diese Entscheidung im Wege der einfachen Beschwerde anzugreifen (§ 4 GKG).

Der Betrag der vom kostenpflichtigen Gegner zu erstattenden außergerichtlichen Kosten wird durch eine besondere richterliche Entscheidung, den sogen. Kostenfestsetzungsbeschluß, festgesetzt. Das Recht, diese Festsetzung zu verlangen, steht dem Gegner des Kostenschuldners zu, wenn ihm ein über die Kostenpflicht Verfügung treffender vollstreckbarer Schuldtitel (also insbesondere ein rechtskräftiges oder vorläufig vollstreckbares Urtheil § 704, ein Vergleich, ein Vollstreckungsbefehl, eine vollstreckbare Urkunde § 794) zur Seite steht. Das Gesuch um Festsetzung wird beim Prozeßgericht erster Instanz angebracht, es hat die einzelnen Ansätze zu bezeichnen und die Belege beizubringen; es ist vom Anwaltszwange befreit. Das Gericht hat die einzelnen Ansätze zu prüfen, und zwar genügt Glaubhaftmachung des Ansatzes. Der Kostenfestsetzungsbeschluß unterliegt der sofortigen Beschwerde (§§ 104—107). Das Amtsgericht kann den zu erstattenden Betrag übrigens schon im Urtheile festsetzen, wenn er sofort zu ermitteln ist (§ 103). Dann erübrigt sich das besondere Kostenfestsetzungsverfahren.

Da der Anspruch des Staates auf Zahlung der Gerichtskosten ein öffentlich-rechtlicher ist, so kann auch nur der Staat über ihn verfügen. Und dem Gerichte steht die wichtige Befugniß zu (§ 6 GKG), Gebühren (aber auch nur diese) niederzuschlagen, wenn sie ohne Schuld der Betheiligten durch eine unrichtige Behandlung der Sache entstanden sind, und für abweisende Bescheide, wenn der Antrag auf nicht anzurechnender Unkenntniß der Verhältnisse oder auf Unwissenheit beruht, Gebührenfreiheit zu gewähren. Der Anspruch der Partei auf Erstattung außergerichtlicher Kosten unterliegt nur der Verfügung dieser Partei, und da er mit der Vornahme der betreffenden Prozeßhandlung und der Aufwendung der Kosten, wenngleich bedingt, entsteht, kann weder das Gericht noch ein anderes Organ der Staatsgewalt

Digitized by Google

den Schuldner durch Niederschlagung oder Gewährung von Kostenfreiheit von seiner Schuld befreien.

Durch die Bewilligung des Armenrechtes wird der Partei nur die einstweilige Befreiung von der Gerichtskostenzahlungspflicht und das Recht gewährt, daß ihr zur vorläufig unentgeltlichen Bewirkung von Zustellungen und Vollstreckungshandlungen ein Gerichtsvollzieher und zur vorläufig unentgeltlichen Wahrnehmung ihrer Rechte ein Rechtsanwalt beigeordnet werde[1]), sie ist aber, wenn sie zur Zahlung der Kosten verurtheilt wird, dem Staate, dem Gerichtsvollzieher und dem Rechtsanwalte zur Nachzahlung der ihnen geschuldeten Beträge verpflichtet, und wenn der Gegner zur Kostenzahlung verurtheilt wird, kann gegen ihn der der armen Partei beigeordnete Rechtsanwalt und der Gerichtsvollzieher kraft eigenen Rechtes den Anspruch auf Zahlung seiner Gebühren und Auslagen geltend machen (§ 125, 124). Das Armenrecht wird auf sein Gesuch Demjenigen gewährt, der außer Stande ist, ohne Beeinträchtigung des für ihn und seine Familie nothwendigen Unterhalts die Kosten des (nicht irgend eines) Prozesses zu bestreiten, falls die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nicht muthwillig oder aussichtslos erscheint (§§ 114, 118, 119). In dem Gesuche ist das Streitverhältniß unter Angabe der Beweismittel darzulegen. Die unvermögende Partei braucht also nur einen gehörig substantiirten Antrag zu stellen und für ihre Behauptungen irgend ein Beweismittel anzuführen. Diese Leichtigkeit, das Armenrecht zu erlangen, findet ein nicht voll ausreichendes Gegengewicht in der Gefahr der Wiederentziehung des Armenrechts (§ 121).

§ 95. Widerruflichkeit und Anfechtbarkeit der Entscheidungen.

1. Soweit der Richter in Ausübung seines Prozeßleitungsamtes Anordnungen trifft, folgt er den Rücksichten prozessualer Zweckmäßigkeit. Sowie aber seine eigene Auffassung über das, was zur zweckentsprechenden Prozeßverhandlung gehört, dem Wechsel unterworfen ist, können auch veränderte Umstände das, was vorher praktisch war, später als

[1]) Vergl. auch § 34 RAO. § 116 CPO.

Digitized by Google

zweckwidrig erscheinen lassen. Der Richter ist deshalb an seine prozeßleitenden Maßnahmen nicht gebunden. Er kann insbesondere Termine aufheben und verlegen. Ausdrücklich gestattet das Gesetz (§ 150) die Wiederaufhebung der eine Trennung, Verbindung oder Aussetzung betreffenden Anordnungen. Zu beachten aber bleibt, daß alle diejenigen Maßnahmen, welche das Ergebniß einer mündlichen Verhandlung sind, auch nur auf Grund mündlicher Verhandlung widerrufen oder abgeändert werden können, auch wenn ein dahin gehender Antrag nicht gestellt ist. Daher ist insbesondere die sachliche Aenderung des Beweisbeschlusses nur auf Grund erneuter Verhandlung zulässig (§ 360), deren Anberaumung allerdings von Amtswegen erfolgen darf.

Nur eine Anwendung des Satzes von der Widerruflichkeit prozeßleitender Verfügungen ist die Bestimmung, daß das Gericht diejenigen Entscheidungen, welche mit der sogen. einfachen Beschwerde anfechtbar sind, auf Anregung durch die Partei selbst ändern oder aufheben kann (§ 571), denn es handelt sich hier nur um Maßnahmen der Prozeßleitung.

Ueberall da aber, wo über einen prozessualischen Anspruch der Partei, d. h. über einen Anspruch auf Einräumung eines prozessualischen Vortheils entschieden wird, trägt der richterliche Ausspruch, auch wenn er in Gestalt eines Beschlusses erlassen wird, den Charakter einer wirklichen Entscheidung und ist für das Gericht, das ihn gethan, unwiderruflich. Die CPO hebt diese Entscheidungen dadurch hervor, daß sie sie der sofortigen Beschwerde unterwirft: sie sollen die unverrückbare Grundlage weiteren Prozedirens bilden und können daher auch nicht dem Widerruf durch den Richter selbst ausgesetzt sein.

Das Urtheil ist für das Gericht, das es erlassen, immer unwiderruflich; denn da es das Ziel der Verhandlung ist, enthält es die Lösung des dieses Gericht bindenden Rechtsschutzanspruches. Ob mit ihm das Prozeßverhältniß selbst gelöst ist, hängt davon ab, ob das Urtheil für eine der Parteien anfechtbar ist und angefochten wird.

Keinen Widerruf enthält die bloße Berichtigung oder Ergänzung des Urtheils. Zugelassen ist nämlich a) die Berichtigung offenbarer Unrichtigkeiten des Urtheils d. h. solcher Erklärungen, die so das Gericht nicht hat abgeben wollen (z. B. Schreib- und Rechenfehler, Namensverwechselungen); b) die Berichtigung des Thatbestandes, die eine Aenderung

Digitized by Google

des übrigen Theils des Urtheils nicht zur Folge hat, und endlich c) die Ergänzung des Urtheils durch nachträgliche Entscheidung, wenn ein Haupt- oder Nebenanspruch oder der Kostenpunkt oder der Vorbehalt (s. oben S. 338) ganz oder theilweise übergangen ist. In allen diesen Fällen erfolgt keine Aufhebung der einmal getroffenen Entscheidung (s. darüber §§ 319—321).

2. Anfechtbar ist eine Entscheidung dann, wenn eine der Parteien die rechtliche Möglichkeit hat, einen Antrag auf Aufhebung oder Abänderung zu stellen. Ein Anspruch auf Erlaß einer ferneren Entscheidung entsteht, wenn die anfechtbare Entscheidung in prozessualisch zulässiger Weise angefochten wird.

a) Einseitiges Gehör geht immer dem Zahlungsbefehle (§§ 688 ff.), regelmäßig dem Arrest und der einstweiligen Verfügung voraus (§§ 916 ff.); der überhaupt nicht gehörte Gegner des Antragstellers hat in beiden Fällen den Rechtsbehelf des Widerspruches, um eine Verhandlung und ein Urtheil über die Rechtmäßigkeit der provisorischen Entscheidung herbeizuführen (§§ 694, 924, 925). Ferner wird auf einseitiges Gehör der verhandelnden Partei das Versäumnißurtheil erlassen. Der nicht gehörten Partei steht dagegen der Einspruch zu (s. oben S. 324);

b) unvollständiges Gehör erfolgt in den Fällen, in welchen ein Vorbehaltsurtheil erlassen wird (s. oben S. 338). Der nicht voll gehörten Partei steht jedoch die Befugniß zu, durch Ladung des Gegners zum Nachverfahren das für sie möglichenfalls ungerechte Urtheil zu beseitigen.

Gefälscht ist die Urtheilsgrundlage dann, wenn in Folge besonderer Umstände wahrheitswidrige Feststellungen geschehen. Der Rechtsbehelf der geschädigten Partei ist die Restitutionsklage auf Beseitigung des auf jener Feststellung beruhenden Urtheils (§§ 580 ff.).

Nur in einigen Fällen der Anfechtbarkeit erfolgt die Anfechtung durch ein sogen. Rechtsmittel. Rechtsmittel ist nämlich nach der CPO nur diejenige Anfechtung einer richterlichen Entscheidung, durch welche von einer Partei an den übergeordneten Richter das Verlangen gestellt wird, die (noch nicht rechtskräftige) Entscheidung des unteren Richters zu beseitigen,

Digitized by Google

d. h. abzuändern oder aufzuheben. Rechtsmittel sind also nicht der Widerspruch, der Einspruch, die Ladung zum Nachverfahren, die Restitutions- und die Nichtigkeitsklage.

Mit der Einlegung eines jeden Rechtsmittels behauptet die anfechtende Partei, daß mit der angefochtenen Entscheidung dem wahren Rechtsschutzbedürfnisse nicht genügt, das Prozeßverhältniß nicht gelöst sei. Sie macht einen prozessualischen Anspruch auf Nachprüfung der getroffenen und auf Erlaß einer dem Rechtsschutzbedürfnisse wirklich genügenden Entscheidung innerhalb desselben Prozeßrechtsverhältnisses geltend. Die Thätigkeit des unteren Richters ist beendet, der höhere tritt an seine Stelle[1]).

Rechtsmittel sind nur die Berufung, die Revision und die Beschwerde. Die Berufung ist das regelmäßige Rechtsmittel gegen Urtheile erster Instanz, die Revision das Rechtsmittel gegen Urtheile der Oberlandesgerichte. Das durch diese beiden Rechtsmittel veranlaßte Verfahren findet seinen natürlichen Abschluß in einem Urtheile des Rechtsmittelgerichts, es folgt hieraus, daß es unter der Herrschaft des Mündlichkeitsprinzips steht. Die Beschwerde ist das Rechtsmittel gegen Beschlüsse, nur ausnahmsweise unterliegen ihr auch gewisse Urtheile; das Beschwerdeverfahren kann ein schriftliches sein, es findet seinen Abschluß in einem vom Beschwerdegericht erlassenen Beschlusse.

§ 96. Die Berufung.

I. „Die Berufung" findet gegen die in erster Instanz erlassenen Endurtheile statt (§ 511). Sie ist also das Rechtsmittel gegen die Urtheile der Amtsgerichte und gegen die in erster Instanz erlassenen Urtheile der Landgerichte. Dort ist das dem Amtsgericht übergeordnete Landgericht, hier das dem Landgericht übergeordnete Oberlandesgericht das zuständige Berufungsgericht.

Aus jenem Satze folgt zugleich,

1. daß jedes Endurtheil erster Instanz der Berufung unterliegt, mag es in bedingter oder unbedingter Form erlassen sein, daß daher die Berufung auch gegen diejenigen

[1]) Daraus folgt insbesondere, daß bei einer Beschwerde über die Entscheidung des Vollstreckungsgerichts, des Konkursrichters, das Beschwerdegericht Vollstreckungs- oder Konkursrichter ist.

Digitized by Google

Urtheile zugelassen ist, welche nur die in dem bedingten Urtheile vorgesehene Folge aussprechen (s. oben S. 310),

2. daß — im Gegensatze zum gemeinen Prozeßrechte — nur eine Berufung möglich, d. h. daß gegen das Urtheil des Berufungsgerichtes eine fernere Berufung nicht gestattet ist. Für die weitaus meisten Sachen besteht daher nur die Möglichkeit zweimaliger Aburtheilung.

Jener allgemeine Satz unterliegt positiven Einschränkungen und Erweiterungen:

1. Der Berufung entzogen sind folgende Endurtheile:

a) Urtheile, welche ohne die Hauptsache zu entscheiden, nur den Kostenpunkt betreffen, denn solche Urtheile unterliegen der sofortigen Beschwerde (§ 99), und zwar auch dann, wenn gegen die Entscheidung in der Hauptsache kein Rechtsmittel gegeben sein würde[1]). Ist dagegen über den Kostenpunkt und die Hauptsache entschieden, so kann gegen die den Kostenpunkt betreffende Entscheidung allein nur dann ein Rechtsmittel eingelegt werden, wenn in der Hauptsache auf Grund eines Anerkenntnisses eine Verurtheilung erfolgt ist.

b) Versäumnißurtheile können von der säumigen Partei nur durch Einspruch angefochten werden, und ist der Einspruch an sich unstatthaft (§§ 238 Abs. 2, 345), so unterliegt das Urtheil zwar der Berufung, aber nur unter der Voraussetzung, daß der Fall der Versäumung nicht vorgelegen hatte (§ 513).

2. Der Berufung ausgesetzt sind gewisse Zwischenurtheile. Unter den Parteien ergehende Zwischenurtheile sind nämlich nicht selbständig anfechtbar; da sie nur Elemente des Endurtheils sind, können sie nur mit dem gegen dieses gerichteten Rechtsmittel angefochten werden. Zwischen den Parteien und Dritten ergehende Zwischenurtheile unterliegen der sofortigen Beschwerde (§§ 71, 135, 387). Der Berufung unterliegen aber

a) das Zwischenurtheil, das eine prozeßhindernde Einrede verwirft (§ 275 Abs. 2),

b) das Zwischenurtheil, das einen nach Grund und Betrag streitigen Anspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt (§ 304).

---

[1]) A. M. RG in Seuff. Arch. 55 Nr. 232.

Digitized by Google

II. Die Berufung ist nur innerhalb der Berufungsfrist zulässig. Diese beträgt einen Monat, beginnt mit der Zustellung des Urtheils, sowohl gegen die Partei, welcher zugestellt wird, als auch gegen die, welche zugestellt hat, und gehört zu den Nothfristen. Die Einlegung der Berufung erfolgt durch Zustellung eines Schriftsatzes. Die Verhandlung vor dem Berufungsgerichte hat demnach zwei Zustellungen zur Voraussetzung, die des Urtheils und die der Berufungsschrift; beide Zustellungen können miteinander verbunden werden, doch ist die Einlegung der Berufung vor der Urtheilszustellung wirkungslos (§§516—518).

Die Berufungsschrift hat einen obligatorischen Inhalt (§ 518), denn der Schriftsatz gehört zu den sogen. bestimmenden (s. oben S. 89, 165, 166); insbesondere muß sie die Ladung zur mündlichen Verhandlung vor das Berufungsgericht enthalten.

Außer diesem obligatorischen Inhalt, von dessen Dasein die Rechtsgültigkeit der Berufung abhängt, kann die Berufungsschrift und soll sie nach § 519 Abs. 2 die Erklärung, inwieweit das Urtheil angefochten werde und welche Abänderungen des Urtheils beantragt werden (die Berufungsanträge), sowie die Angabe derjenigen neuen Thatsachen und Beweismittel zum Inhalte haben, welche die Partei geltend zu machen beabsichtigt. Aus der instruktionellen Natur dieser Vorschrift folgt, daß der Berufungskläger jenen fakultativen Inhalt der Berufungsschrift einem besonderen Schriftsatze vorbehalten kann, und daß die Berufungsschrift hinsichtlich dieses Inhaltes nichts weiter als ein vorbereitender Schriftsatz ist. Hieraus folgt aber weiter, daß die Partei an diese fakultativen Erklärungen nicht gebunden ist, also im Laufe der Berufungsinstanz ihre Erklärungen und Anträge erweitern kann (RG 16, 344).

Ein Verzicht auf die Berufung ist nur dann wirksam, wenn schon die Möglichkeit einer Berufung gegeben ist, und erfolgt dann durch einseitige Erklärung (s. oben S. 61 und § 514 CPO).

Die Zurücknahme der Berufung ist ohne Einwilligung des Berufungsbeklagten nur bis zum Beginne der mündlichen Verhandlung des Berufungsbeklagten zulässig (§ 515); sie bewirkt den Verlust des Rechtsmittels und die Pflicht, die durch die Berufung entstandenen Kosten zu tragen.

Digitized by Google

Ist die Berufung nicht innerhalb der Frist und nicht unter Beobachtung der Form eingelegt, oder hat der Berufungskläger wirksam auf das Rechtsmittel verzichtet, so ist die Berufung als „unzulässig zu verwerfen"; ist sie zurückgenommen, so wird nur auf Antrag des Gegners ein Urtheil über die Kosten erlassen; den Berufungskläger der Berufung „für verlustig" zu erklären, ist überflüssig.

III. Da das einmal begründete Prozeßrechtsverhältniß bis zur rechtskräftigen Entscheidung bestehen bleibt, so gilt das (oben § 68) über die Unabänderlichkeit des Prozeßrechtsverhältnisses Gesagte auch für die Berufungsinstanz. Die Berufung kann daher eingelegt werden nur von den Prozeßparteien oder dem zugelassenen Nebenintervenienten. Ein Streitgenosse kann Berufung einlegen sowohl im Falle der einfachen als auch im Falle der nothwendigen Streitgenossenschaft; dort hat die Berufung des einen Streitgenossen nur die Wirkung, daß das zwischen ihm und dem Gegner begründete Prozeßrechtsverhältniß, hier, daß das eine Prozeßverhältniß fortgesetzt wird; dort wird also das von einem Streitgenossen angefochtene Urtheil für die anderen rechtskräftig, hier wird die Rechtskraft des Urtheils für alle hinausgeschoben (s. oben S. 193 ff).

Die Aenderung der Klage ist nicht ausgeschlossen, sondern mit Einwilligung des Gegners statthaft (§ 527); damit kann dem Wunsche der Parteien, die Sache in dem anhängigen Prozesse zum endgültigen Austrage zu bringen, Rechnung getragen werden.

IV. Die Berufung ist ein umfassendes Rechtsmittel. Damit ist gesagt, daß der Rechtsstreit in der Berufungsinstanz von neuem verhandelt wird, daß nicht nur das, was die Parteien in erster Instanz vorgetragen haben, sondern das, was die Parteien zur Begründung ihrer Anträge an neuem Prozeßstoff vorlegen wollen, Urtheilsgrundlage für das Urtheil zweiter Instanz wird. Da die Parteien aber Herren des Prozesses bleiben, das Urtheil also entweder in vollem oder in beschränktem Umfange anfechten können, so sind für das Berufungsgericht die bei ihm gestellten Parteianträge (Berufungsanträge) maßgebend. Hatte z. B. der Kläger in erster Instanz den Antrag gestellt, den Beklagten zur Zahlung von 500 Mark zu verurtheilen und war er mit dieser Klage abgewiesen worden, so kann er in der Berufungsinstanz den Antrag stellen, „das erste Urtheil dahin

Digitized by Google

abzuändern, daß der Beklagte zur Zahlung von 200 Mark verurtheilt werde," der Gegner aber kann jetzt einen Theil dieses Anspruches anerkennen und daher den Antrag stellen, „die Berufung in Höhe von 100 Mk. zurückzuweisen". Die Aufgabe des Berufungsgerichtes besteht daher nicht in einer Nachprüfung des angefochtenen, sondern in dem Erlasse eines neuen, auf der jetzt hergestellten Grundlage fußenden Urtheils. Stimmt dieses Urtheil mit der angefochtenen Entscheidung überein, so wird „die Berufung zurückgewiesen," stimmt es nicht überein so wird das angefochtene Urtheil in das dem Berufungsgerichte richtig scheinende Urtheil „abgeändert.".

Der Rechtsstreit findet also regelmäßig mit dem Urtheile des Berufungsgerichtes einen Abschluß. Hiervon bestehen zwei Ausnahmen:

1. wenn das Verfahren erster Instanz an einem wesentlichen Mangel leidet; in diesem Falle kann das Berufungsgericht das angefochtene Urtheil und das erstinstanzliche Verfahren, soweit es durch den Mangel betroffen wird, aufheben und die Sache an das Gericht erster Instanz zurückverweisen (§ 539). Ob ein wesentlicher Mangel vorliegt, entscheidet das Berufungsgericht nach freiem Ermessen; es wird von jener Befugniß nur dann Gebrauch machen, wenn das Verfahren nicht als ordnungsmäßige Grundlage des ersten Urtheils anzusehen ist und wenn das angefochtene Urtheil keinen gehörigen Thatbestand aufweist (RG 37, 248; 2, 407; 17, 361)[1]). Leidet nur die Entscheidung an einem erheblichen Fehler, so greift die Aufhebungsbefugniß nicht Platz, denn ein solcher Fehler kann ohne Verkürzung des Parteirechts stets durch das Berufungsurtheil beseitigt werden;

2. wenn nach Lage der Sache in erster Instanz noch nicht über den gesammten Prozeßstoff entschieden ist, also mit der Erledigung des ganzen Rechtsstreits durch das Berufungsurtheil den Parteien die in der zweimaligen Aburtheilung der Sache liegende Garantie für die Richtigkeit des zweiten Urtheils entzogen würde. Dies ist der Fall,

a) wenn der Einspruch durch das angefochtene Urtheil als unzulässig verworfen war, vom zweiten Richter aber

---

[1]) Mit Recht wird selten von der Aufhebungsbefugniß Gebrauch gemacht.

Digitized by Google

für zulässig befunden wird — denn über die Anführungen der säumigen Partei ist in erster Instanz nicht entschieden;

b) wenn durch das angefochtene Urtheil nur über prozeßhindernde Einreden entschieden ist — denn über den Klageanspruch ist noch nicht entschieden (RG 12, 377; 27, 848);

c) wenn im Falle eines nach Grund und Betrag streitigen Anspruchs durch das angefochtene Urtheil über den Grund des Anspruchs vorab entschieden oder die Klage abgewiesen ist und das Berufungsgericht den Anspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt — denn über den Betrag ist noch nicht entschieden;

d) wenn das angefochtene Urtheil im Urkunden- oder Wechselprozesse unter Vorbehalt der Rechte erlassen ist und die Berufung zurückgewiesen wird — denn das Nachverfahren gehört in die erste Instanz,

e) wenn das angefochtene Urtheil ein mit der Berufung anfechtbares Versäumnißurtheil ist (§ 513, Abs. 2) — denn die säumige Partei ist überhaupt noch nicht gehört.

Es bedarf in diesen Fällen aber nicht der Aufhebung des angefochtenen Urtheils, im Falle zu d) ist sogar die Bestätigung des ersten Urtheils Voraussetzung der Zurückverweisung.

Hat in Folge der Zurückverweisung die erste Instanz abermals erkannt, so ist auch dieses zweite Urtheil der Berufung ausgesetzt.

Aus dem Gesagten folgt, daß die Parteien neue Thatsachen und Beweismittel, sowie neue Angriffs- und Vertheidigungsmittel vorbringen dürfen. Nur die Geltendmachung neuer d. h. in erster Instanz nicht erhobener Ansprüche ist von der Einwilligung des Gegners und das Vorbringen einer neuen Gegenforderung von der Einwilligung des Gegners oder von der Glaubhaftmachung abhängig, daß der Beklagte die Forderung ohne sein Verschulden in erster Instanz nicht habe geltend machen können (§ 529); wird die Gegenforderung zurückgewiesen, so ist sie dem Beklagten vorzubehalten (§§ 529, 540, 541). Eine in erster Instanz unterbliebene oder verweigerte Erklärung über Thatsachenbehauptungen, Urkunden und Eideszuschiebungen kann in zweiter Instanz nachgeholt werden, denn die Partei hatte die Erklärung nur unterlassen; alle auf ausdrücklicher Erklärung beruhenden Dispo-

Digitized by Google

sitionsakte erster Instanz aber, durch welche der Gegner einen Vortheil erlangt hatte, behalten ihre Wirksamkeit für die zweite Instanz: das Geständniß, die Annahme, Zurückschiebung, Leistung, Verweigerung eines Eides. Erachtet das Berufungsgericht aber die Entscheidung erster Instanz, durch welche die Eidesleistung angeordnet wurde, z. B. wegen Verstoßes gegen die Beweislastgrundsätze für ungerechtfertigt, so verliert die Leistung oder Verweigerung ihre bindende Kraft (s. oben, S. 295).

Der Bewegungsfreiheit der Parteien entspricht die Stellung des Gerichts (§ 537): es ist weder an die Rechtsauffassung noch an die Beweiswürdigung des ersten Richters gebunden, es hat insbesondere die Beweisergebnisse erster Instanz selbständig zu prüfen, wobei allerdings die Vortheile der Unmittelbarkeit regelmäßig verloren gehen.

V. Der Rechtsstreit kann nur innerhalb der von den Parteien gestellten Anträge verhandelt und entschieden werden (§§ 525, 536). Damit ist auch von der CPO das Verbot einer reformatio in pejus ausgesprochen. Ist also vom Berufungsbeklagten nichts weiter als die Verwerfung oder Zurückweisung der Berufung beantragt, so kann er außer diesem einen weiteren Vortheil nicht erlangen. Fühlt er selbst sich aber durch das angefochtene Urtheil benachtheiligt, und wünscht er demnach seinerseits eine ihm vortheilhafte Abänderung, so stehen ihm zwei Wege offen:

1. Er legt seinerseits Berufung ein; auf diese selbständige Berufung kommen betreffs der Frist, der Form, der Zulässigkeit die Vorschriften von der Berufung überhaupt zur Anwendung, so daß sie z. B. trotz der vom Gegner eingelegten Berufung als unzulässig verworfen werden muß, wenn sie nur die über die Kosten getroffene Entscheidung angreift (§ 99 Abs. 1). Ueberhaupt ist diese selbständige Berufung von dem Schicksale der vom Gegner eingelegten Berufung ganz unabhängig;

2. er schließt sich der vom Gegner eingelegten Berufung an. Die Anschließung ist kein selbständiges Rechtsmittel. Es finden daher auf sie die allgemeinen Vorschriften über Frist, Form und Zulässigkeit keine Anwendung. Sie kann in Folge dessen erklärt werden, so lange nur überhaupt der Rechtsstreit in der höheren Instanz schwebt (§ 278 Abs. 1), die Erklärung erfolgt wirksam nur in der mündlichen Verhandlung und ist zulässig, auch wenn sie als selbständiges Rechtsmittel nicht zu-

Digitized by Google

läſſig ſein würde (§§ 99 Abſ. 1, 546; RG 13, 432; 7, 342; 41, 382). Dafür hat ſie auch den Nachtheil, daß ſie von dem Schickſale der vom Gegner eingelegten Berufung abhängig bleibt, daher ihre Wirkung verliert, wenn dieſe zurückgenommen oder als unzuläſſig verworfen wird (§ 522). Hatte ſich der Berufungsbeklagte aber innerhalb der Berufungsfriſt angeſchloſſen, ſo wird die Anſchließung als ſelbſtändige Berufung behandelt d. h. von dem Geſchicke der gegneriſchen Berufung losgelöſt (RG 17,45; 41, 382).

VI. Das Verſäumnißverfahren zweiter Inſtanz entſpricht dem der erſten Inſtanz. Iſt der Berufungskläger ſäumig, ſo iſt, falls ſich nicht die Unzuläſſigkeit der Berufung ergiebt, auf Antrag des Berufungsbeklagten die Berufung zurückzuweiſen. Iſt der Berufungsbeklagte ſäumig, ſo ſind (§ 542 und RG 36, 427)

1. die in zweiter Inſtanz neu aufgeſtellten Behauptungen, ihre rechtzeitige Ankündigung vorausgeſetzt, als „zugeſtanden anzuſehen",

2. die nach dem Thatbeſtande des erſten Urtheils in erſter Inſtanz beſtritten gebliebenen Behauptungen auch in zweiter Inſtanz als beſtritten zu behandeln; wird betreffs ihrer aber Beweis angetreten, ſo iſt anzunehmen, daß der Beweis das in Ausſicht geſtellte Ergebniß gehabt habe.

Die ſo gewonnene Urtheilsgrundlage iſt in ihrer Geſammtheit vom zweiten Richter zu prüfen: genügt ſie zu einer Abänderung des erſten Urtheils, ſo erfolgt die Abänderung im Wege des Verſäumnißurtheils; rechtfertigt ſie dagegen den Antrag des Berufungsklägers nicht, ſo iſt die Berufung durch kontradiktoriſches Urtheil zurückzuweiſen.

§ 97. Die Reviſion.

I. Das Rechtsmittel der Reviſion iſt gegeben gegen die in der Berufungsinſtanz erlaſſenen Endurtheile der Oberlandesgerichte (§ 545). Bei der Unzuläſſigkeit einer zweiten Berufung gegen das Urtheil des Berufungsgerichts folgt hieraus zunächſt die Unſtatthaftigkeit irgend eines Rechtsmittels gegen die Berufungsurtheile der Landgerichte. In der Berufungsinſtanz erlaſſene Urtheile des Oberlandesgerichts ſind nicht nur

1. die eigentlichen Berufungsurtheile, d. h. diejenigen Urtheile, welche das Oberlandesgericht in zweiter Inſtanz er-

Digitized by Google

läßt und mit welchen es das Verfahren für die zweite Instanz beendet, mögen sie auch den Rechtsstreit selbst erledigen oder die Sache in die erste Instanz zurückverweisen (RG 17, 359; 24, 431), sondern

2. auch diejenigen Urtheile, welche das Oberlandesgericht in erster Instanz und zwar aus dem Grunde erläßt, weil es Gericht der Hauptsache ist, also z. B. die Urtheile über die Rechtmäßigkeit eines während der Anhängigkeit der Hauptsache vom Oberlandesgericht erlassenen Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung (§§ 919, 937; RG 5, 430).

Die Zwischenurtheile, gegen welche die Berufung zulässig ist (s. vorigen § Nr. I 2) sind auch der Revision ausgesetzt, wenn sie in der Berufungsinstanz erlassen werden.

Allein nicht alle Urtheile der Oberlandesgerichte sind der Revision unterworfen. Die Zulassung einer dritten Instanz liegt nicht ausschließlich im Rechtsschutzinteresse der Parteien, sondern daneben im Interesse der Wahrung einer einheitlichen Rechtsprechung. Eine solche wird nur dann ermöglicht, wenn zur Entscheidung auf die Revision für das ganze Reich ein Gerichtshof zuständig ist und dieser eine höchste Gerichtshof nicht in zu viele Senate zerfällt[1]). Die Geschäftslast dieses Gerichtshofes mußte daher eingeschränkt werden, man hat deshalb die Revision auf die nach Ansicht des Gesetzes wichtigsten Sachen eingeengt. Die Revision findet daher statt (§§ 546, 547)

1. in Prozessen über nicht vermögensrechtliche Ansprüche unbeschränkt,

2. in Prozessen über vermögensrechtliche Ansprüche

a) wenn der Beschwerdegegenstand (nicht der Streitgegenstand) 1500 Mark übersteigt, wenn also das vermögensrechtliche Interesse des Revisionsklägers daran, daß die Revision stattfinde, jene Summe übersteigt,

b) ohne Rücksicht auf den Werth des Beschwerdegegenstandes

aa) immer dann, wenn es sich um die Unzuständigkeit des Gerichts oder die Unzulässigkeit des Rechtsweges oder der Berufung handelt,

bb) in allen den Rechtsstreitigkeiten, für welche die Landgerichte ohne Rücksicht auf den Werth des Streitgegenstandes ausschließlich zuständig sind (s. oben S. 36).

[1]) Das Reichsgericht mit seinen 7 Civilsenaten ist ein zu großer Gerichtshof.

Digitized by Google

Revisionsgericht ist das Reichsgericht für das ganze Reichsgebiet und das oberste Landesgericht für Bayern (s. dar. S. 56).

II. Die Revision ist im Gegensatze zur Berufung ein beschränktes Rechtsmittel, denn sie führt nur zu einer Nachprüfung der vom Berufungsgericht vorgenommenen Rechtsanwendung. Das Gesetz geht davon aus, daß zur Herstellung der thatsächlichen Urtheilsgrundlage zwei Instanzen ausreichen und daß der höchste Gerichtshof auch nicht das vom Gesetz als allein verwendbar anerkannte Mittel sicherer Thatsachenfeststellung, die Unmittelbarkeit des Verfahrens, zu seiner Verfügung hat. Die Revision kann daher nur darauf gestützt werden, daß die angefochtene Entscheidung auf einer Gesetzesverletzung beruhe, was zur weiteren Folge hat, daß in der Revisionsinstanz weder neue Thatsachen behauptet, noch auch die Thatsachenfeststellungen der vorigen Instanz nachgeprüft werden können.

Eine „Verletzung des Gesetzes" ist dann gegeben, wenn eine Norm des objektiven Rechtes nicht oder nicht richtig angewendet worden ist (§ 550). Objektives Recht ist jeder Satz mit allgemeiner verbindlicher Kraft im Gegensatz zu jenen Satzungen, die nur bestimmte einzelne Personen binden. Die Quelle der Rechtsnorm kann daher Gesetz, Rechtsverordnung oder Gewohnheit sein; sie kann dem öffentlichen, insbesondere dem Prozeßrecht oder dem Privatrecht angehören, ausdrücklich erklärt oder im Wege der Auslegung abgeleitet sein.

Die Anwendung der Rechtsnorm ist eine fehlerhafte [1]):

a) wenn die vom Berufungsgerichte bewirkte Thatsachenfeststellung nicht den gesetzlichen Vorschriften entspricht, m. a. W. wenn nicht nach Vorschrift des Gesetzes verfahren worden ist,

b) wenn bei Beurtheilung der gegebenen Urtheilsgrundlage ein Rechtssatz angewendet worden ist, welcher nicht besteht, oder ein bestehender Rechtssatz nicht angewendet worden ist. Hierher zählt stets der sogen. Subsumptionsirrthum, d. h. die Unterwerfung eines konkreten Thatbestandes unter eine Rechtsnorm, unter welche er nicht gehört.

---

[1]) Hierüber herrschen viele Zweifel. Die Judikatur der Revisionsgerichte ist eine sehr reichhaltige, da sie sich ja vorzugsweise mit diesen Fragen zu beschäftigen hat. Neuestens Danz: die Auslegung der Rechtsgeschäfte 1897, insbesondere S. 100 ff.

Digitized by Google

Wird z. B. ein Vertrag als Werkvertrag statt als Dienstvertrag, eine bestimmte Sache als wesentlicher Bestandtheil statt als Zubehör aufgefaßt, so liegt der Fehler immer daran, daß aus einem gegebenen Rechtssatze zu viel oder zu wenig abgeleitet wird.

Aber nicht alle im Gebiete des Reiches bestehenden Rechtsnormen sind „revisibel", die Revision kann nur auf Verletzung eines Reichsgesetzes oder eines solchen Landesgesetzes gestützt werden, dessen Geltungsbereich sich über den Bezirk des (nicht eines) Berufungsgerichtes hinaus erstreckt. Denn nur bei diesen Gesetzen besteht das oben erwähnte öffentliche Interesse an der Wahrung der Rechtseinheit. Auf Grund einer Bestimmung (§ 6) des Einf.-G. zur CPO ist jedoch am 28. September 1879 eine kaiserliche Verordnung erlassen worden, nach welcher durch die Verletzung der Gesetze des gemeinen und des französischen Rechts die Revision auch dann begründet wird, wenn der Geltungsbereich der einzelnen Bestimmung sich nicht über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus erstreckt, durch die Verletzung anderer Gesetze jedoch nur dann, wenn sie über den Bezirk des Berufungsgerichtes hinaus für den ganzen Umfang mindestens zweier deutschen Bundesstaaten oder zweier Provinzen Preußens oder einer preußischen Provinz und eines anderen Bundesstaates Geltung erlangt haben[1]). Die Folge ist, daß das Revisionsgericht an die Entscheidung des Berufungsgerichtes über das Bestehen und den Inhalt von nicht revisiblen Gesetzen gebunden ist (§ 502).

Eine weitere Einschränkung der Revision liegt in dem Erforderniß der Kausalität zwischen Gesetzesverletzung und gerade dieser Entscheidung: das angefochtene Urtheil muß auf der Verletzung des Gesetzes „beruhen" (§ 549). Die Folge ist, daß wenn sich zwar eine Gesetzesverletzung, gleichwohl aber die Richtigkeit des angefochtenen Urtheils ergiebt, die Revision zurückgewiesen werden muß (§ 563); denn es fehlt am Parteiinteresse an der Aufhebung des Urtheils. Da aber die Wahrung fundamentaler Prozeßrechtssätze im öffentlichen Interesse liegt, hat das Gesetz eine Reihe sogen. absoluter Revisionsgründe aufgestellt, d. h. die unwiderlegliche Vermuthung ausgesprochen, daß die Verletzung eines

[1]) Andere revisible Landesgesetze sind in den Reichsgesetzen vom 15. März 1881, 24. Juni 1886, 30. März 1895 bezeichnet.

Digitized by Google

jener bestimmten Rechtsgrundsätze immer für die Entscheidung kausal ist (§ 515).

III. Aus der Natur des Rechtsmittels folgt die ihm eigene Art der Einlegung, der Verhandlung und seiner Wirkung.

1. Die Revisionsschrift — welche bestimmten Anforderungen entsprechen muß — soll auch die Revisionsanträge und deren Begründung enthalten. Diese Begründung besteht (§ 554),

a) wenn das Rechtsmittel auf die Nichtanwendung oder unrichtige Anwendung eines Gesetzes gestützt wird, in der Bezeichnung der Rechtsnorm;

b) wenn sie auf die Verletzung eines Prozeßgrundsatzes gestützt wird, in der Bezeichnung der Thatsachen, welche den Mangel ergeben;

c) wenn sie auf die Behauptung einer Gesetzesverletzung bei der Thatsachenfeststellung gestützt wird, in der Bezeichnung der Thatsachen, welche unter Verletzung des Gesetzes festgestellt, übergangen oder als vorgebracht angenommen worden sind.

Spätestens in der mündlichen Verhandlung vor dem Revisionsgerichte sind die Revisionsanträge zu stellen. Denn sie sind, wie alle Parteianträge, für das Gericht maßgebend.

2. Urtheilsgrundlage für das Revisionsgericht bildet derjenige Prozeßstoff, der dem Berufungsrichter vorlag und dem Revisionsgericht durch den mündlichen Vortrag des Berufungsurtheiles bekannt wird. Neue Thatsachen, d. h. solche, welche nach Inhalt des angefochtenen Urtheils nicht schon dem Berufungsrichter vorgetragen waren, können in der Revisionsinstanz nur dann vorgebracht und berücksichtigt, daher auch zum Gegenstande eines Beweises gemacht werden, wenn sie die Zulässigkeit der Revision (z. B. den behaupteten Verzicht auf das Rechtsmittel) oder die oben unter 1 b c bezeichneten Revisionsgründe betreffen.

3. Durch den Vortrag der Revisionsbegründung wird das, was den Parteien als Gesetzesverletzung erscheint, dem Revisionsgericht gegenüber nur besonders hervorgehoben. Das Revisionsgericht hat aber nicht nur zu prüfen, ob diese, sondern ob eine Gesetzesverletzung vorliegt. Verneint es diese Frage, so wird die Revision zurückgewiesen. Findet es aber eine Gesetzesverletzung, welche kausal für die angefochtene Entscheidung war, so hat es:

Digitized by Google

a) in jedem Falle das angefochtene Urtheil und, lag ein Mangel des Verfahrens vor, zugleich das Verfahren, insoweit es durch den Mangel betroffen wird, aufzuheben (negative Seite der Revisionsentscheidung),

b) die an Stelle des aufgehobenen Urtheils zu setzende Entscheidung (positive Seite der Revisionsentscheidung) entweder dem Berufungsgericht zu überlassen oder selbst zu treffen.

Das Revisionsgericht kann aber durch ein eigenes Urtheil den Prozeß nur dann entscheiden, wenn die Aufhebung des Urtheils wegen Gesetzesverletzung bei Anwendung des Gesetzes auf das festgestellte Sachverhältniß erfolgt und nach letzterem die Sache zur Entscheidung reif ist, sowie dann, wenn die Aufhebung wegen Unzuständigkeit des Gerichts oder wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges erfolgte. Daß das Revisionsgericht überhaupt zur Prozeßentscheidung befugt ist, hat seinen Grund darin, daß es wie jedes andere Gericht ein im Parteiinteresse thätiges Rechtspflegeorgan, nicht, wie in manchen anderen Staaten, nur eine über die richtige Rechtsanwendung wachende Behörde ist. Liegt einer der genannten Fälle nicht vor, findet das Revisionsgericht vielmehr, daß das Berufungsverfahren ganz oder zum Theil erneuert werden muß, weil es noch der Erörterung und Feststellung von Thatsachen bedarf, so hat das Revisionsgericht die Sache zur Verhandlung und Entscheidung an das (nicht an ein) Berufungsgericht zurückzuverweisen. Die betreibende Partei hat alsdann ihren Gegner zur mündlichen Verhandlung vor das Berufungsgericht zu laden. Dieses ist verpflichtet, die rechtliche Beurtheilung, welche zur Aufhebung des angefochtenen Urtheils geführt hat, seiner künftigen Entscheidung zu Grunde zu legen, eine Verpflichtung, die sowohl im öffentlichen als im Parteiinteresse liegt. Das Revisionsgericht kann die Sache jedoch an einen anderen Senat des Berufungsgerichts verweisen und damit die Erfüllung jener Verpflichtung erleichtern (§§ 564, 565).

IV. Für das Verfahren, die Prüfung der Zulässigkeit der Revision, den Verzicht und die Zurücknahme gelten dieselben Grundsätze wie für die Berufung.

Ist der Revisionskläger säumig, so ist, falls sich nicht etwa die Unzulässigkeit der Revision ergiebt, das Rechtsmittel durch Versäumnißurtheil zurückzuweisen. Ist der Revisions-

Digitized by Google

beklagte säumig, so hat das Revisionsgericht zu prüfen, ob nach dem Sachverhältniß, das nach Inhalt des angefochtenen Urtheils dem Berufungsrichter vorgelegen hatte, der Revisionsantrag begründet ist. Ist das der Fall, so ist durch Versäumnißurtheil nach diesem Antrage zu entscheiden; ist es nicht der Fall, so ist durch gewöhnliches Urtheil die Revision zurückzuweisen.

§ 98. Die Beschwerde.

I. Während die Rechtsmittel der Berufung und der Revision nur gegen Endurtheile zugelassen sind, stets zu einer mündlichen Verhandlung vor dem Rechtsmittelgerichte und zum Erlaß eines Urtheils führen, unterliegen der Beschwerde mit wenigen Ausnahmen nur solche Entscheidungen, welche keine Endurtheile sind, macht die Beschwerde eine mündliche Verhandlung nicht nothwendig und führt sie nur zu einem Beschlusse des Rechtsmittelgerichts. Die der gemeinrechtlichen querela simplex nachgebildete Beschwerde ist daher ein formloses Rechtsmittel gegen Entscheidungen von untergeordneter Bedeutung. Sie bildet aber eine nothwendige Ergänzung jener anderen Rechtsmittel. Denn wenngleich die Berufung oder Revision darauf gestützt werden kann, daß das Gericht in einer dem Urtheile vorangegangenen Entscheidung zum Nachtheile einer Partei in irgend einer Beziehung gefehlt und damit das unrichtige Urtheil veranlaßt habe, so kann doch die durch jene Entscheidung verursachte Benachtheiligung eine so starke sein, daß der Partei das Warten auf das Urtheil nicht zugemuthet werden kann. Zudem ist die Beschwerde das Rechtsmittel für Personen, die nicht in einer Parteirolle stehen, und gegen alle diejenigen Entscheidungen, die nach dem Urtheil (in der Zwangsvollstreckungsinstanz) erlassen werden.

II. Nicht jede Entscheidung unterliegt der Beschwerde. Sie findet statt (§ 567):

1. in den vom Gesetze besonders hervorgehobenen Fällen,
2. gegen solche eine vorgängige mündliche Verhandlung nicht erfordernde Entscheidungen, durch welche ein das Verfahren betreffendes Gesuch zurückgewiesen ist.

Sie ist nie zugelassen gegen die in der Hauptsache (Gegensatz: Kostenpunkt) entscheidenden Endurtheile, im übrigen unterliegen ihr Beschlüsse des Gerichts und Ver-

Digitized by Google

fügungen des Vorsitzenden, und zu den vom Gesetze besonders hervorgehobenen Fällen gehören diejenigen Zwischenurtheile, welche zwischen der Partei und einem Dritten ergehen, sowie das nur über die Kostenlast entscheidende Endurtheil.

III. Ueber die Beschwerde entscheidet das im Instanzenzuge nächsthöhere Gericht (§ 568 Abs. 1). Dies gilt auch dann, wenn der Vorsitzende an Stelle des Gerichts entschieden hatte, nicht aber dann, wenn die Aenderung einer Entscheidung des beauftragten oder ersuchten Richters oder des Gerichtsschreibers verlangt wird; in diesen Fällen ist nämlich nicht die Entscheidung des Beschwerdegerichts, sondern die des Prozeßgerichts nachzusuchen, und erst gegen dessen Entscheidung ist die Beschwerde zulässig (§ 576).

Da die Möglichkeit der Beschwerde von nichts weiter abhängt als von dem Vorhandensein einer mit diesem Rechtsmittel angreifbaren Entscheidung und einer höheren Instanz, so würden so viele Entscheidungen möglich sein, als Instanzen vorhanden sind. Da aber die Gewährung zahlreicher Instanzen den Interessen einer schnellen und sicheren Rechtspflege widerspricht und die wichtigste Entscheidung, das Urtheil, meist nur einer einmaligen Nachprüfung unterliegt, so sind zahlreiche Beschränkungen des Beschwerderechts aufgestellt.

1. Das Gesetz hat hier den in zahlreichen Prozeßgesetzen anerkannten Grundsatz aufgestellt, daß das Vorhandensein von zwei übereinstimmenden Entscheidungen die weitere Beschwerde ausschließt. Von dieser Regel besteht nur die Ausnahme, daß eine weitere Beschwerde zugelassen wird, wenn in der Entscheidung des Beschwerdegerichts ein neuer selbständiger Beschwerdegrund enthalten ist, d. h. wenn die Entscheidung des Beschwerdegerichts den Beschwerdeführer noch ungünstiger stellt als er nach der Entscheidung der ersten Instanz gestanden hatte, was aus der bloßen Verschiedenheit der Entscheidungsgründe oder der Einführung eines neuen Entscheidungsgrundes an sich keineswegs folgt, aber jedenfalls dann geschieht, wenn die erste Beschwerde als unzulässig verworfen wird oder das Verfahren des Beschwerdegerichts gegen die Prozeßordnung verstößt [1]).

[1]) RG 1, 225; 13, 320; 16, 317; 21, 335; 32, 56; 17, 371; 18, 425 und zahlreiche andere Entscheidungen.

Digitized by Google

2. Mögen die Entscheidungen der Gerichte übereinstimmen oder von einander abweichen, in jedem Falle unterliegt die auf eine weitere Beschwerde erlassene Entscheidung eines Oberlandesgerichts einer ferneren Beschwerde nicht mehr (§ 568 Abs. 4), so daß die Möglichkeit von vier Instanzen (nach der Nov. z. CPO) nicht mehr besteht.

3. Endlich wird für gewisse, die Prozeßkosten betreffende Beschwerden eine Beschwerdesumme gefordert. Die hierhin gehörigen Bestimmungen der CPO sind erst durch die Novelle vom 17. Mai 1898 getroffen worden und haben ihren Grund einmal darin, daß diese Novelle im Gegensatze zu § 94 CPO alter Fassung gegen die nur die Kostenlast betreffenden Entscheidungen die Beschwerde einführte, dieses neue Rechtsmittel aber nicht allzu reichlich bemessen wollte, sowie darin, daß das Reichsgericht entlastet werden sollte. Hiernach besteht folgender Rechtszustand (§§ 567, 568):

a) Entscheidungen der Amtsgerichte und erstinstanzliche Entscheidungen der Landgerichte in Betreff der Prozeßkosten unterliegen der Beschwerde unbeschränkt;

b) in der Beschwerdeinstanz in Betreff der Prozeßkosten erlassene Entscheidungen der Landgerichte unterliegen der weiteren Beschwerde nur, wenn die Beschwerdesumme 50 Mark übersteigt;

c) in erster oder in der Beschwerdeinstanz in Betreff der Kosten erlassene Entscheidungen der Oberlandesgerichte unterliegen der Beschwerde oder der weiteren Beschwerde nur, wenn die Beschwerdesumme 100 Mark übersteigt.

Die Prozeßkosten „betrifft" eine Entscheidung, wenn sie über die Kostenlast oder über die Kostenhöhe entscheidet; die Kostenhöhe aber betrifft sie nicht allein dann, wenn sie einen Kostenbetrag selbst festsetzt, sondern auch dann, wenn sie für Berechnung der Kosten die erforderliche Unterlage giebt (Werth des Streitgegenstandes wegen Kostenberechnung §§ 99, 102, 105 CPO, §§ 4, 16, 48 GKG).

IV. Die Beschwerde ist entweder die einfache oder die sofortige.

1. Die einfache Beschwerde ist an keine Frist gebunden und führt zuerst zu einer Nachprüfung der getroffenen Entscheidung durch das Gericht, das sie erlassen; dieser Richter (der judex a quo) kann der Beschwerde abhelfen, also seine eigene Entscheidung widerrufen, und nur

Digitized by Google

wenn er die Beschwerde für unbegründet hält, hat er sie — vor Ablauf einer Woche — dem Beschwerdegerichte (dem judex ad quem) vorzulegen.

2. Die sofortige Beschwerde ist an eine Nothfrist von zwei Wochen gebunden, und der judex a quo kann ihr grundsätzlich nicht abhelfen. Hieraus folgt nicht nur die Unwiderruflichkeit, sondern auch die Rechtskraftfähigkeit der mit der sofortigen Beschwerde angreifbaren Entscheidungen. Die Nothfrist beginnt regelmäßig mit der Zustellung und nur gegenüber dem den Antrag auf Versäumnißurtheil und auf Erlaß des Ausschlußurtheils zurückweisenden Beschlusse mit der Verkündung der Entscheidung (§ 577).

Die sofortige Beschwerde gilt als Ausnahme, sie ist nur in den vom Gesetze besonders bezeichneten Fällen zugelassen; stets handelt es sich dabei um Entscheidungen, welche dem weiteren Verfahren als Grundlage dienen sollen und daher nicht der zeitlich unbeschränkten Anfechtung und dem Widerrufe ausgesetzt sein dürfen.

War die erste Beschwerde die sofortige, so hat die weitere Beschwerde dieselbe Eigenschaft.

V. Das Beschwerdeverfahren ist ein formloses: die Beschwerde wird erhoben durch Einreichung einer Beschwerdeschrift bei demjenigen Gerichte, von welchem oder von dessen Vorsitzenden die angefochtene Entscheidung erlassen ist; in dringenden Fällen kann sie beim Beschwerdegericht eingelegt werden, und handelt es sich um die sofortige Beschwerde, so genügt die Einlegung beim Beschwerdegericht in jedem Falle zur Wahrung der Nothfrist (§§ 569, 577).

Die Beschwerde unterliegt dem Anwaltszwange in den Fällen, in denen dieser auch sonst besteht. Vom Anwaltszwange befreit aber ist die Beschwerde in jedem Falle (§ 569 Abs. 2),

1) wenn der Rechtsstreit bei einem Amtsgericht anhängig ist oder anhängig war,

2) wenn die Beschwerde das Armenrecht betrifft,

3) wenn sie von einem Zeugen oder Sachverständigen erhoben wird.

Die Beschwerde kann auf neue Thatsachen und Beweise gestützt werden (§ 570), und das Beschwerdegericht hat auf Grund des gesammten, ihm vorliegenden Thatsachenmaterials zu entscheiden. Es kann daher zu Beweiserhebungen, niemals aber zu einem durch eine Eidesleistung

Digitized by Google

bedingten Beschlusse des Beschwerdegerichts kommen, denn das Gesetz kennt nur bedingte Urtheile. Das Beschwerdegericht kann daher (was angesichts des § 99 Abs. 3 CPO vorkommen kann) den zugeschobenen und den richterlichen Eid immer nur durch Beweisbeschluß auferlegen.

Ist die Beschwerde an sich unstatthaft, so wird sie als „unzulässig verworfen"; ist sie unbegründet, so wird sie „zurückgewiesen"; ist sie begründet, so wird die angefochtene Entscheidung immer beseitigt, und zwar wenn das Beschwerdegericht die von ihm für richtig gehaltene Entscheidung selbst trifft, abgeändert, wenn es sie dem judex a quo überläßt, aufgehoben: immer aber erfolgt der Ausspruch des Beschwerdegerichts in Gestalt eines Beschlusses.

VI. Die Beschwerde hat regelmäßig keine die Ausführung der angefochtenen Entscheidung aufschiebende Wirkung (keinen Suspensiveffekt), doch kann das untere wie das obere Gericht die Aussetzung der Vollziehung anordnen (§ 572).

§ 99. Die Unanfechtbarkeit (Rechtskraft) richterlicher Entscheidungen.

Rechtskräftig ist das, was den Widerspruch ausschließt. Eine richterliche Entscheidung ist also rechtskräftig dann, wenn innerhalb desselben Prozesses, in welchem sie gefällt worden ist (formelle oder äußere Rechtskraft), und deshalb auch für einen etwaigen späteren Rechtsstreit (materielle oder innere Rechtskraft) der Widerspruch gegen sie ausgeschlossen ist.

A. Formelle Rechtskraft besitzt daher nach der CPO diejenige Entscheidung, welche durch den Einspruch oder ein Rechtsmittel nicht angefochten werden kann (§ 705). Man wendet den Ausdruck nicht auf prozeßleitende Anordnungen, sondern nur auf die eigentlichen Entscheidungen, d. h. auf die anspruch-verneinenden und die anspruchbejahenden Aussprüche des Gerichts an: die rechtskräftige Entscheidung enthält demnach den endgültigen Ausspruch des Gerichts, mag dieser von vornherein oder dadurch der Anfechtung entzogen sein, daß die Anfechtungsmittel erschöpft oder aufgegeben sind.

Der Eintritt der Rechtskraft wird verhindert, wenn das gegen Entscheidungen dieser Art an sich zulässige Rechtsmittel oder der Einspruch eingelegt wird. Wenn demnach gegen

Digitized by Google

ein in der Berufungsinstanz gefälltes Urtheil eines Landgerichts Berufung oder Revision eingelegt wird, so wird dadurch der Eintritt der Rechtskraft nicht gehindert; wenn dagegen ein Urtheil des Oberlandesgerichts in einem Prozesse um 1500 Mark oder weniger mit der Revision angegriffen wird, so wird hierdurch die Rechtskraft des Urtheils hinausgeschoben, obwohl mit Sicherheit zu erwarten ist, daß das Rechtsmittel als unzulässig verworfen werden wird (§ 711).

Zeugnisse über die Rechtskraft eines Urtheils werden vom Gerichtsschreiber ertheilt (§ 706). Derartige Zeugnisse sind in zahlreichen Fällen zum Zwecke weiterer Rechtsverfolgung nothwendig (z. B. §§ 460 Abs. 2, 894).

Nicht blos die Endurtheile, sondern auch die mit der sofortigen Beschwerde anfechtbaren Entscheidungen sind rechtskraftfähig. Ist ihre Rechtskraft eingetreten, so ist der dadurch entschiedene Streitpunkt endgültig, und zwar auch für das Gericht erledigt. War die Entscheidung nur mit einfacher Beschwerde anfechtbar, so kann der in allen Instanzen abgelehnte Antrag doch von neuem gestellt und kann nicht als unzulässig verworfen, sondern muß von neuem sachlich geprüft werden.

Die formelle Rechtskraft der Entscheidung hat also ihren Grund darin, daß diese Entscheidung nach den Vorschriften des Prozeßrechts den Rechtsstreit oder einen Nebenstreit beendet, d. h. den prozessualischen Anspruch auf Gewährung von Rechtsschutz befriedigt.

B. Die materielle Rechtskraft[1]) ist ein Institut des Privatrechts. Denn daß auch nach Beendigung des Rechtsstreits in alle Zukunft der Widerspruch gegen die dort getroffene Entscheidung ausgeschlossen ist, kann seinen Grund nicht in der Entscheidung als einer richterlichen Prozeßhandlung, sondern nur in dem Inhalt des richterlichen Ausspruchs haben, insofern das Entschiedene eine maßgebende Norm privatrechtlicher Natur bildet.

Dies gilt sowohl von den konstitutiven als von den deklaratorischen Urtheilen.

Konstitutive Urtheile sind diejenigen, welche einen bestehenden Privatrechtszustand ändern und damit selbst

[1]) Neueste Literatur: O. Fischer in Iherings Jahrbüchern Bd. 40 S. 151 ff. Wach-Laband: Zur Lehre von der Rechtskraft. 1899. Hellwig: Anspruch u. Klagerecht. 1900. Mendelssohn-Bartholdy: Grenzen der Rechtskraft. 1900.

Digitized by Google

den Anspruch befriedigen, der mit der Klage verfolgt wurde. Hierher gehören die Urtheile, welche eine Ehe scheiden, den Ausschluß nicht angemeldeter Rechte aussprechen, Willenserklärungen von Vereinsorganen (z. B. Generalversammlungsbeschlüsse) aufheben. Ueberall schafft das Urtheil einen dem Gesetze entsprechenden Zustand, es enthält also eine für das betroffene Privatrechtsverhältniß zwingende Norm.

Deklaratorische Urtheile sind diejenigen, welche ein bestehendes Privatrechtsverhältniß klarstellen, sei es, daß sie sich darauf beschränken, das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses nur festzustellen (Feststellungsurtheile), oder daß sie dem Beklagten die Befriedigung eines vorhandenen Anspruches gebieten oder die Berechtigung des klägerischen Verlangens auf eine Leistung verneinen (Leistungsurtheile)[1]. Das Urtheil wandelt also die abstrakte Gesetzesnorm in eine konkrete, d. h. für dieses Rechtsverhältniß maßgebende Norm um. Da aber das Urtheil nicht Rechte schafft oder aufhebt, sondern nur ausspricht, ob und welches Rechtsverhältniß unter den Parteien besteht, so können die Wirkungen des Urtheils nie weiter reichen als die Wirkungen der von den Parteien vorgebrachten juristischen Thatbestände (z. B. Willenserklärung, unerlaubte Handlung). Daher ist ein Urtheil, das eine unmögliche Handlung gebietet, das einen in Wahrheit nicht bestehenden Verein für berechtigt oder verpflichtet erklärt, nichtig, denn keine rechtserhebliche Thatsache vermöchte derartige Rechte oder Pflichten zu begründen.

Die materielle Rechtskraft besteht also in dem Ausschlusse des späteren Widerspruches gegen den Inhalt des Urtheils[2].

I. Diese maßgebende Bedeutung kommt nicht dem gesammten Urtheilsinhalt zu. Denn der Richter hat sich über die privatrechtlichen Beziehungen der Parteien nur so weit auszusprechen, als die Parteien in ihrem Rechtsschutzbedürfniß seinen Ausspruch verlangen. Daher wird rechtskräftig nur die Entscheidung über den durch Klage oder Widerklage erhobenen Anspruch (§§ 322, 616). Welcher

---

[1]) S. über den Gegensatz von Leistungs- und Feststellungsklage oben S. 247 ff.

[2]) Savigny drückte diesen Gedanken mit den Worten aus, das rechtskräftige Urtheil enthielte „die Fiktion der Wahrheit."

Digitized by Google

Anspruch erhoben, durch das Urtheil also rechtskräftig bejaht oder verneint ist, kann nicht aus der dürftigen Urtheilsformel, sondern muß aus dem Urtheilsthatbestande entnommen werden. Nur dieser giebt z. B. darüber Auskunft, ob über den Herausgabeanspruch des Eigenthümers (§ 985 BGB), des Besitzers (§ 861), des Hinterlegers, Vermiethers, Verleihers, Käufers entschieden ist, welches Rechtsverhältniß also und welcher auf diesem Rechtsverhältnisse fußende Anspruch seine unabänderliche Normirung durch das Urtheil empfangen hat. Alles das aber, was der Richter nur zu dem Zwecke festgestellt hat, zu jenem Ausspruche zu gelangen, wird nicht rechtskräftig. Nicht in Rechtskraft gehen also über

1) die Thatsachenfeststellungen, denn eine solche Feststellung enthält keine Norm über die Rechte der Parteien, ist also nicht bindend. Stellte z. B. der Beklagte dem Anspruche des Klägers den Einwand entgegen, daß die Parteien einen auch jenen Anspruch beseitigenden Vergleich geschlossen hätten, ist diese Einwendung aber durch einen vom Kläger geleisteten Eid widerlegt, so ist der Beklagte nicht gehindert, in einem späteren Prozesse sich wiederum auf jenen Vergleich zu berufen;

2) die Aussprüche über solche Rechte der Parteien, über die eine Entscheidung erfolgen mußte, um zu einem Ausspruche über das Bestehen des Klageanspruches zu gelangen[1]). Setzt der Beklagte dem Herausgabeanspruche des klagenden Eigenthümers die Einrede, daß er an der Sache ein Pfandrecht habe, entgegen, so muß der Richter über das Bestehen oder Nichtbestehen des Pfandrechtes entscheiden; da aber über dieses die Parteien einen Ausspruch nicht wollen, so wird seine Feststellung als bloßes „Element" des Urtheils nicht rechtskräftig: bejaht er das Pfandrecht, so wird rechtskräftig nur der in Folge dieser Bejahung nothwendige Ausspruch, daß der Herausgabeanspruch des Klägers nicht bestehe; verneint er das Pfandrecht, so wird rechtskräftig nur der in Folge dieser Verneinung nothwendige Ausspruch, daß der Beklagte zur Herausgabe der Sache verpflichtet sei. Daher kann in einem späteren Prozesse in jenem Falle der Kläger das Bestehen des Pfandrechts bestreiten, in diesem Falle der

[1]) Man drückt dies häufig, aber ungenau so aus: „die Entscheidungsgründe werden nicht rechtskräftig," weder die subjektiven, d. h. die bloßen Erwägungen, noch die objektiven, d. h. die oben erörterten Feststellungen.

Digitized by Google

Beklagte das Pfandrecht behaupten. Wollen die Parteien auch über solche Rechte eine der Rechtskraft fähige Entscheidung, so erreichen sie ihr Ziel durch Erhebung der sogen. Zwischenfeststellungsklage (§ 280. S. oben S. 251). Eine Ausnahme aber macht die Behandlung der zur Aufrechnung geltend gemachten Gegenforderung. Denn da der Beklagte sie zum Zwecke der Tilgung seiner Schuld verwenden will, verlangt er allerdings über sie eine maßgebende Entscheidung, aber nur der die Gegenforderung verneinende Ausspruch des Richters wird rechtskräftig (§ 322 Abs. 2); der Beklagte kann sie also später weder mehr durch Klage noch durch Einrede geltend machen. Wird die Gegenforderung bejaht und also die Aufrechnung als geschehen erklärt, so bedarf es der Rechtskraft dieses Ausspruches nicht, denn mit der Aufrechnung ist die Gegenforderung getilgt.

Einem unabweisbaren praktischen Bedürfnisse entspricht es, zu den der Rechtskraft fähigen Entscheidungen auch diejenigen Urtheile zu zählen, welche über einen prozeßrechtlichen Anspruch entscheiden[1]). Eine den prozessualischen Anspruch verneinende Entscheidung steht also der späteren Erhebung eines völlig gleichen Anspruches entgegen. War z. B. die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges oder wegen Unzuständigkeit dieses Gerichtes rechtskräftig abgewiesen, so kann eine gleiche Klage überhaupt nicht, bezw. nicht bei demselben Gerichte erhoben werden, wenn nicht die Zuständigkeit des Gerichts auf einem früher nicht angeführten kompetenzbegründenden Momente beruht. Ist eine Nebenintervention rechtskräftig abgelehnt worden, so kann sie nicht von neuem auf dasselbe rechtliche Interesse gestützt (RG 23, 341, 342), ist ein Arrestgesuch rechtskräftig zurückgewiesen worden, so kann ein neues Gesuch nur auf einen andern Arrestgrund oder auf früher nicht beigebrachte Beweismittel gestützt werden (vergl. die interessante Entsch. RG 33, 415 ff.)[2]).

Daß eine bloße Prozeßabweisung (absolutio ab instantia) den privatrechtlichen Klageanspruch unberührt läßt, bedarf keiner Erörterung.

---

[1]) Bestritten. Die hier vertretene Ansicht gewinnt aber immer mehr Anhänger. Vergl. insbesondere Stein in Gaupp-Stein Kommentar zu § 322.

[2]) Andere Beispiele aus der Praxis RG 40, 401 ff; 41, 63 und 371; 43, 42.

Digitized by Google

Ausgeschlossen durch die Rechtskraft des Urtheils ist nur der Widerspruch gegen den Inhalt der Entscheidung. Das römische Recht knüpfte die Unstatthaftigkeit abermaliger Verhandlung an die Thatsache der Litiskontestation (e. rei in judicium deductae) oder der Aburtheilung (e. rei judicatae). Diese sogen. negative Wirkung der Rechtskraft war eine Folge der durch die Litiskontestation oder durch das Urtheil herbeigeführten Konsumption des Klageanspruches. Das heutige Urtheil hat nicht mehr konsumirende, auch nicht mehr novirende Kraft. In Folge dessen kommt es nicht mehr darauf an, daß über den jetzt erhobenen Anspruch schon einmal entschieden ist, sondern darauf, was entschieden ist: die durch das Urtheil gegebene Normirung des streitig gewesenen Rechtsverhältnisses darf nicht mehr in Frage gestellt werden, daher kann das Urtheil nach heutigem Recht auch als Grundlage weiterer Ansprüche benutzt werden (positive Funktion der Rechtskraft)[1]).

Wenn der Kläger auf Grund des seinem Klageantrage stattgebenden rechtskräftigen Urtheils nochmals gegen denselben Beklagten oder gegen dessen Rechtsnachfolger oder gegen den Bürgen klagt, so schließt zwar die Rechtskraft den gegen den Anspruch erhobenen Widerspruch aus, der Beklagte kann aber eine Prozeßabweisung erlangen, wenn der Kläger nicht durch Hervorhebung eines besonderen rechtlichen Interesses ein Rechtsschutzbedürfniß an abermaliger Aburtheilung nachweist. Da dieser Nachweis natürlich da nicht erforderlich ist, wo der Kläger das ihm günstige Urtheil zur Zwangsvollstreckung verwendet, kann der Beklagte einen Widerspruch gegen das Urtheil nur auf eine Thatsache stützen, die er im Feststellungsverfahren nicht mehr geltend machen konnte, die aber den festgestellten Anspruch aufgehoben oder verändert hat. Auf diesem Gedanken beruhen die §§ 323, 767 CPO.

II. Gebunden durch die Rechtskraft des Urtheils sind die Prozeßparteien und deren Gesammtnachfolger. Dieser Satz ist selbstverständlich und unangefochten. Die Fälle aber, in denen die Rechtskraft auch für und gegen Dritte wirkt, sind nicht etwa, wie es regelmäßig geschieht,

---

[1]) Bestritten. Wie hier Dernburg: Pandekten. 1. Aufl. I. §§ 162, 163.

Digitized by Google

als Ausnahmefälle, sondern als Folgerungen aus dem Wesen der materiellen Rechtskraft anzusehen.

1. Das konstitutive Urtheil gehört zu den rechtschaffenden Thatsachen. Nicht der Wille der Partei, sondern der Staatsakt ist es, welcher wie im Falle der Enteignung[1]) oder der Eintragung in ein öffentliches Register[2]) unmittelbare rechtsändernde Wirkung ausübt. Die Folge davon ist die, daß das konstitutive Urtheil überall da, wo es nicht selbst eine Beschränkung ausspricht, bindende Wirkung für und gegen Alle hat. Mit der Rechtskraft des Ehescheidungsurtheils hören also nicht nur die gegenseitigen Rechte und Pflichten der geschiedenen Gatten auf, sondern für alle Menschen gehört die Ehe jener Personen der Vergangenheit an. Der aufgehobene Generalversammlungsbeschluß ist mit der Rechtskraft des aufhebenden Urtheils nicht mehr vorhanden, Ausschlußurtheile dagegen enthalten in sich selbst häufig eine Beschränkung (z. B. § 1973), innerhalb dieser Grenze aber heben sie das betroffene Recht für und gegen Alle auf.

2. Das deklarative Urtheil wirkt, da es nur die aus einem bestimmten Thatbestande hergeleitete Rechtsfolge bejaht oder verneint, so viel oder so wenig, als jener Thatbestand wirken kann. Denn das Urtheil setzt sich, mag es richtig oder unrichtig sein, an die Stelle jenes Thatbestandes und giebt der Wirkung dieses nur die Eigenschaft der Unanfechtbarkeit.

Die Folge ist, daß Derjenige, der in ein bestehendes Rechtsverhältniß eintritt, die rechtskräftige Normirung dieses Rechtsverhältnisses für und gegen sich gelten lassen muß, denn für ihn ist derjenige Zustand des Rechtsverhältnisses maßgebend, den sein Vorgänger oder Derjenige, welcher vor ihm über den Gegenstand des Rechtsstreits Verfügung zu treffen berechtigt war, geschaffen hatte. Dieser Zustand (z. B. das Bestehen einer Einrede gegen eine Wechsel- oder Hypothekenforderung) ist aber dann für den Nachfolger gleichgültig, wenn die Uebertragung des Rechtes nach den civilrechtlichen Vorschriften nicht eine Nachfolge, sondern eine Neuschöpfung zur Folge hat (§ 325). Wird also der Inhaber eines Wechsels mit seiner Klage gegen den

---

[1]) S. mein bürgerliches Recht. 2. Aufl. 1900, S. 448.
[2]) Mein bürgerliches Recht S. 494 ff.

Digitized by Google

Acceptanten rechtskräftig abgewiesen, so steht das Urtheil zwar dem Erben des Klägers, aber nicht seinem Indossatar entgegen, denn das Indossament begründet für den Erwerber ein neues Recht (s. oben S. 228—230). Da ferner der Erbe gelten lassen muß, was der Testamentsvollstrecker, und der Nacherbe anerkennen muß, was der Vorerbe innerhalb der Grenzen seiner Machtbefugniß rechtsgeschäftlich verfügt, so muß er auch ein zwischen diesem und einem Dritten gesprochenes rechtskräftiges Urtheil für und gegen sich gelten lassen (§§ 326, 327).

Eine gleiche Bindung an das von anderen Personen erstrittene rechtskräftige Urtheil greift da Platz, wo ein Anderer auf Grund der ihm durch Rechtsgeschäft oder Gesetz ertheilten Ermächtigung für andere Personen zu handeln befugt ist. Auf diesem Gedanken beruhen alle die gesetzlichen Bestimmungen, welche die Zwangsvollstreckung in eine Vermögensmasse dann zulassen, wenn das Urtheil gegen diejenigen Personen gerichtet ist, welche über dieses Vermögen durch Rechtsgeschäft verfügen dürfen (§§ 735, 736, 747, 748 CPO, § 124 Abs. 2 HGB). Hierher gehören ferner die in §§ 1380, 1400 BGB bezeichneten Fälle, namentlich aber der vielerörterte § 147 KO. Da jeder Konkursgläubiger die Befugniß hat, der Forderung und damit dem Theilnahmerechte jedes anderen Konkursgläubigers zu widersprechen, also eine Rechtshandlung vorzunehmen, die nicht nur seinem eigenen, sondern dem Interesse aller Gläubiger entspricht, so muß auch das Obsiegen dieses widersprechenden Gläubigers im Feststellungsprozesse allen Gläubigern nützen, sein Unterliegen ein Unterliegen aller Gläubiger bedeuten (vergl. auch §§ 111, 114 des Genossenschaftsgesetzes vom 1. Mai 1889).

Eine weitgehende Wirkung haben diejenigen Urtheile, welche das Dasein eines familienrechtlichen Verhältnisses bejahen oder verneinen. Das auf eine Ehenichtigkeits- oder Anfechtungsklage ergehende Urtheil, das Urtheil, durch welches das Bestehen oder Nichtbestehen einer Ehe, das Bestehen oder Nichtbestehen eines Eltern- und Kindesverhältnisses unter den Parteien oder der elterlichen Gewalt der einen Partei über die andere festgestellt wird, ferner das Urtheil, welches auf die Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes oder der Anerkennung der Ehelichkeit (§§ 628, 640, 641) ergeht, wird für und gegen Alle wirksam, wenn die Rechtskraft des

Digitized by Google

Urtheils bei Lebzeiten der Parteien eintritt. Denn das Urtheil setzt sich an die Stelle desjenigen Thatbestandes, der ein solches Verhältniß schaffen könnte, und spricht nur aus, daß dieser Thatbestand ein solches Verhältniß geschaffen oder nicht geschaffen hat. Da nun ein solcher Thatbestand nur bei Lebzeiten der Parteien eintreten kann, dann aber ein Verhältniß ins Leben ruft, das allgemein anerkannt werden muß, so muß das Urtheil die gleiche Kraft haben. Wenn z. B. ein Kind gegen den jetzigen Ehemann der Mutter auf Feststellung des unter ihnen bestehenden Kindesverhältnisses mit der Behauptung klagt, daß es von dem Beklagten abstamme und durch nachfolgende Ehe legitimirt sei (§§ 1719, 1720 BGB), und diesem Antrage durch Urtheil entsprochen wird, so wirkt das Urtheil deshalb für und gegen Alle, weil nur dieser Beklagte das Kind mit allgemein verbindlicher Kraft als ein eheliches anerkennen könnte (§ 25 Ges. vom 6. Februar 1875); wird das Urtheil aber gegen eine andere Person z. B. die ehelichen Kinder desselben Ehepaares erlassen, so sind nur diese an das Urtheil gebunden, weil ihnen nicht die Möglichkeit beiwohnt, den Kläger zu legitimiren, und nicht die Befugniß zusteht, das Kind mit allgemein verbindlicher Kraft anzuerkennen[1]).

Nach demselben Gesichtspunkt ist der häufig besprochene Fall eines Streites zwischen zwei Erbschafts- oder Forderungsprätendenten zu behandeln. Denn wer in einem solchen Streite durch Urtheil als Erbe anerkannt wird, ist Erbe, wie wenn er durch letztwillige Verfügung oder Gesetz berufen wäre, weshalb er gegenüber den Nachlaßgläubigern und Vermächtnißnehmern das Urtheil gegen sich gelten lassen muß, gegenüber den Erbschaftsschuldnern aber sich auf das Urtheil berufen kann. Wer als Gläubiger der gegen einen Dritten bestehenden Forderung rechtskräftig anerkannt ist, dessen Legitimation kann auch vom Schuldner nicht mehr angefochten werden.

Daß der Richter des späteren Prozesses nicht den Einwand der Rechtskraft abzuwarten (relative Rechtskraft-

[1]) Ich muß es mir versagen, die einzelnen Fälle zu zergliedern, es wird dies jedoch nach obigem Beispiel keiner Schwierigkeit mehr unterliegen. In dem oben gebrauchten Beispiele (der Praxis entnommen), wird das obsiegende Kind doch die Berichtigung des Standesregisters erlangen können, da das Urtheil als öffentliche Urkunde im Sinne des § 26 Ges. v. 6. 2. 75 anzusehen ist.

Digitized by Google

wirkung), sondern die ausschließende Wirkung der Rechtskraft von Amtswegen wahrzunehmen hat (absolute Rechtskraftwirkung), ist eine Lehre[1]), die immer mehr Anhänger erlangt, gleichwohl keine allgemeine Geltung beanspruchen darf. Denn wirkt das Urtheil nur so viel als der von ihm behandelte Thatbestand wirken kann, so ist es den Parteien ja jederzeit unbenommen, eine andere Normirung ihres Rechtsverhältnisses an die Stelle der durch das Urtheil herbeigeführten zu setzen. Haben die Parteien aber die Macht, die rechtskräftig abgewiesene Forderung des Klägers doch als bestehend zu behandeln, so ist nicht einzusehen, warum nicht der Beklagte in einem späteren gleichen Prozesse auf die Wirkungen jenes Urtheils ausdrücklich oder stillschweigend sollte verzichten dürfen. Die absolute Wirkung kann daher nur gegenüber solchen Rechtsverhältnissen Platz greifen, die der freien Verfügung der Parteien entzogen sind.

§ 100. Die Anfechtung rechtskräftiger Entscheidungen.

Das gemeine Prozeßrecht gewährte zum Zwecke der Anfechtung rechtskräftiger Urtheile außerordentliche Rechtsmittel. Diesen Standpunkt hat die CPO mit Recht aufgegeben. Sie glaubt, für die Richtigkeit der nach ihren Grundsätzen erlassenen Entscheidungen hinlängliche Garantien gegeben zu haben, und erblickt in der Möglichkeit einer ausnahmsweise vorkommenden unrichtigen Entscheidung das kleinere Uebel im Vergleiche zur endlosen Fortdauer der Rechtsungewißheit. Hat aber die Unvollkommenheit des vorangegangenen Verfahrens zu einer dem Rechte nicht entsprechenden Normirung des streitigen Verhältnisses geführt, so ist nach der Auffassung der CPO Anlaß zu einer auf Beseitigung des Unrechts gerichteten Klage gegeben.

Jene Unvollkommenheit kann ihren Grund haben

1. darin, daß nach dem Willen des Gesetzes das vorangegangene Verfahren nicht die Garantien vollständiger Würdigung des Thatsachenmateriales gewährte, oder

2. daß gerade das in diesem Prozesse beobachtete Verfahren die Sicherheit richtiger Feststellungen vermissen ließ.

---

[1]) Hauptsächlich Bülow im Archiv f. civ. Pr. 83 S. 1 ff.

Digitized by Google

I. Das Gesetz entzieht jene Garantien in den oben S. 356 aufgezählten Fällen. Immer aber sorgt es für die Möglichkeit einer nachträglichen Vervollständigung der Stoffvorlage; jene Sicherheit fehlt aber insbesondere auch da, wo keine mündliche und keine eigentliche Parteienverhandlung stattfindet, d. i. im Entmündigungs- und im Aufgebotsverfahren. Darum gewährt das Gesetz (§§ 664, 679, 684, 686) sowohl gegen den amtsgerichtlichen Beschluß, welcher die Entmündigung ausspricht, als auch gegen den, der den Antrag auf Wiederaufhebung der Entmündigung ablehnt, also immer gegen den dem Entmündigten ungünstigen Beschluß die an eine gesetzliche Frist von einem Monate geknüpfte Anfechtungsklage (s. oben S. 112—114), und das Gesetz giebt ferner gegenüber dem Ausschlußurtheil des Aufgebotsverfahrens die an eine Nothfrist von einem Monate gebundene Anfechtungsklage (§ 958 s. oben S. 117).

II. Hat ein Prozeß nach kontradiktorischer mündlicher Verhandlung unter den Parteien durch rechtskräftiges Urtheil sein Ende gefunden, so können nur besondere Gründe die Annahme rechtfertigen, daß es an der vom Gesetz aufgestellten Garantie für die Richtigkeit der getroffenen Feststellungen gefehlt habe. Diese besonderen Gründe können dazu führen, daß im Wege der Nichtigkeitsklage oder der Restitutionsklage eine Wiederaufnahme des durch rechtskräftiges Urtheil geschlossenen Prozesses erfolgt (§§ 578 ff).

1. Die Nichtigkeitsklage hat ihren Grund (s. die einzelnen Fälle in § 579) darin, daß in einer der Parteien die Voraussetzung gültigen Verhandelns oder in dem Gerichte die Voraussetzung richtiger Entscheidung fehlte.
2. Die Restitutionsklage (s. die einzelnen Fälle in § 580) hat ihren Grund darin, daß ohne Verschulden der unterliegenden Partei dem Gericht eine der wahren Sachlage widersprechende Urtheilsgrundlage gegeben wurde, daß das Gericht also zu einer unrichtigen Entscheidung gelangen mußte. Hat eine strafbare Handlung fälschend auf das Urtheil eingewirkt, so hängt die Erhebung der Klage von der vorherigen Verurtheilung des Schuldigen oder von der nachgewiesenen Unmöglichkeit dieser Verurtheilung ab (§ 581).

Digitized by Google

Da diese Art der Urtheilsanfechtung im Wege der Klage erfolgt, ist grundsätzlich für sie dasjenige Gericht erster Instanz (ausschließlich) zuständig, welches das angefochtene Urtheil erlassen hat; andernfalls ist das Berufungsgericht, in besonderen Fällen das Revisionsgericht zuständig (§ 584). Das Verfahren ist das regelmäßige; die Hauptsache wird von neuem verhandelt unter Würdigung der zur Begründung der Klage neu vorgebrachten Thatsachen. Wird die Klage für unbegründet gefunden, so wird sie abgewiesen; ist sie begründet, so wird unter Aufhebung des rechtskräftigen Urtheils anderweitig in der Sache entschieden. Das Gericht hat aber von Amtswegen zu prüfen, ob die Klage an sich statthaft ist, und führt diese Prüfung zu einer Verneinung dieser Frage, so ist die Klage als unzulässig zu verwerfen. Unstatthaft aber ist sie auch dann, wenn sie nicht in der gesetzlichen Frist erhoben ist. Denn, um auch in diesen Fällen die Rechtsungewißheit nicht zu verewigen, knüpft sie das Gesetz an eine Nothfrist von nur einem Monat. Diese Frist beginnt aber erst mit dem Tage zu laufen, an welchem die Partei von dem Anfechtungsgrunde Kenntniß erlangt hat, und es erlischt die Klagebefugniß nach Ablauf von 5 Jahren vom Tage der Rechtskraft gerechnet, in jedem Falle.

Auf demselben Gedanken wie die Zulassung einer Wiederaufnahme des Verfahrens beruht die Zulässigkeit einer bei Gericht zu erhebenden Klage auf Aufhebung eines Schiedsspruches. Denn der Schiedsspruch hat unter den Parteien die Wirkungen eines rechtskräftigen gerichtlichen Urtheils (§ 1040), da der Schiedsspruch die Folge eines von den Parteien geschlossenen Vertrages ist, der dahin geht, daß die Parteien das, was der Schiedsrichter aussprechen wird, als unabänderliche Feststellung hinnehmen wollen. Die Parteien setzen bei Abschluß des Vertrages (des Schiedsvertrages) aber voraus, daß bei Herstellung des Schiedsspruches ordnungsmäßig verfahren werden wird. Die Aufhebungsklage ist auf bestimmte Gründe beschränkt (§ 1041) und kann nur innerhalb der Nothfrist eines Monats erhoben werden (§ 1044).

Digitized by Google

II. Die Zwangsvollstreckung.

§ 101. A. Begriff und Wesen der Zwangsvollstreckung.

Zwangsvollstreckung ist die Anwendung staatlicher Machtmittel zum Zwecke der Befriedigung festgestellter, auf ein Leisten gerichteter privatrechtlicher Ansprüche.

Sie ist zwar ein prozessualisches Verfahren, das sich häufig dem Erkenntnißverfahren als ein Theil des gesammten Prozeßverfahrens anschließt, steht aber zum Feststellungsverfahren doch in einem prinzipiellen Gegensatze. Denn während das Erkenntnißverfahren nur den richterlichen Ausspruch darüber verlangt, was unter den Parteien Rechtens ist, besteht die Aufgabe der Zwangsvollstreckung in der Herbeiführung desjenigen Zustandes, der nach dem Willen des Gesetzes bestehen soll. Während also in jenem Verfahren die Rechtsschutzinteressen beider Parteien einander gleichberechtigt gegenüberstehen, steht im Vollstreckungsverfahren der Berechtigte dem Nichtberechtigten gegenüber. Während dort demnach das Gericht zwischen den Parteien steht und bemüht ist, aus ihrem Vorbringen heraus das Recht zu finden, tritt mit dem Ausspruche des im Gesetze enthaltenen Rechtsgebotes der Staat auf die Seite des Siegers, um die Rechtsordnung mit Gewalt gegen den Widerstrebenden durchzusetzen.

Der Staat entfaltet seine Machtmittel aber zu Gunsten privater Interessen, und dadurch, daß der klägerische Anspruch durch die richterliche Entscheidung festgestellt ist, verwandelt er sich nicht aus einem privatrechtlichen in einen öffentlich-rechtlichen Anspruch. Daher ist die staatliche Machtentfaltung vom Willen des Klägers abhängig und vom Interesse des Klägers begrenzt. Handelt so der Staat auf Anlaß und im Interesse von Privatpersonen, so muß er zur Wahrung seiner Würde die Entfaltung seiner Macht an die Voraussetzung knüpfen, daß der durchzusetzende Anspruch einem Widerspruche nicht mehr begegnen wird: nur festgestellte Ansprüche sind vollstreckungsreif. Daraus ergiebt sich, daß während das „Verwaltungszwangsverfahren" zur Durchsetzung öffentlich-rechtlicher Ansprüche (z. B. Steuerforderungen) ohne vorangegangene richterliche Prüfung in Bewegung gesetzt werden darf, die

Digitized by Google

Zwangsvollstreckung zur Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche von dem Vorhandensein eines sogen. vollstreckbaren Schuldtitels abhängt.

Auf der anderen Seite gewährt die Mitwirkung des Staates eine sichere Gewähr für die Wahrung des Rechtsfriedens. Darum ist die Selbsthülfe, d. h. die Durchsetzung eines Rechtes durch den Berechtigten selbst und zwar gegen den Willen des Verpflichteten, grundsätzlich ausgeschlossen (vergl. jedoch § 859 BGB); doch fehlt ihr unter Umständen die Eigenschaft zum Schadensersatz verpflichtender Widerrechtlichkeit (§§ 229, 823 BGB).

§ 102. B. Das Vollstreckungsverhältniß.

Das Prozeßrechtsverhältniß erlischt mit der Rechtskraft des Urtheils, und in zahlreichen Fällen ist mit diesem Akte dem Rechtsschutzinteresse Genüge geleistet (S. 2, 8). Kommt es dagegen zur Zwangsvollstreckung, so entsteht das eigenartige, gegenüber dem Prozeßrechtsverhältnisse selbständige, Vollstreckungsverhältniß.

Dieses Verhältniß besteht unter den Parteien und dem Vollstreckungsorgane. Es entsteht mit dem Antrage auf Vornahme einer Vollstreckungsmaßregel und giebt dem Berechtigten, „dem Gläubiger", gegen das Organ einen prozessualischen Anspruch auf Durchführung der beantragten Maßregel, gegen den Prozeßgegner, „den Schuldner", den Anspruch darauf, daß er die Vollstreckung nicht vereitle. Wie im Feststellungsverfahren zwischen dem privatrechtlichen Klageanspruche und dem prozessualischen Anspruche auf Urtheil zu unterscheiden ist, so muß im Vollstreckungsverfahren zwischen dem civilistischen Anspruche auf Leistung und dem prozessualischen Anspruche auf Vollstreckung geschieden werden.

Mit der Tilgung des ersteren erlischt das Rechtsschutzinteresse des Gläubigers, nicht ohne weiteres auch die Voraussetzung für den Beginn oder die Fortsetzung der Exekution (vergl. § 767 CPO).

Da das Rechtsverhältniß auch das Vollstreckungsorgan umfaßt, so kann es nicht[1]) erst mit der Vornahme des Vollstreckungsaktes, sondern muß schon mit der Stellung des Antrages auf Vornahme dieses Aktes entstehen. Es findet sein natürliches Ende mit der vollständigen Erledigung der

[1]) Wie Kohler annimmt: der Prozeß als Rechtsverhältniß. S. 129.

Digitized by Google

beantragten Maßnahme; es kann natürlich auch dadurch beendet werden, daß die beantragte Maßnahme unnöthig wird, sowie durch Zurücknahme des Vollstreckungsantrages.

Mit der Stellung eines neuen Antrages auf Bewirkung eines Vollstreckungsaktes entsteht ein neues Vollstreckungsverhältniß.

Aber ein Anspruch und somit für das Vollstreckungsorgan eine Pflicht auf Bewirkung von Vollstreckungsmaßnahmen entsteht nur beim Vorhandensein gewisser Voraussetzungen. Diese liegen

1. in dem zu vollstreckenden Anspruche,
2. in den Subjekten des Vollstreckungsverhältnisses.

§ 103. I. Der zu vollstreckende Anspruch.

Der zu vollstreckende Anspruch muß vollstreckungsreif (vollstreckbar) sein. Vollstreckungsreif ist er:

A. wenn für ihn ein vollstreckbarer Schuldtitel vorhanden, d. i. wenn er durch eine vom Gesetz als vollstreckbarer Schuldtitel bezeichnete öffentliche Urkunde festgestellt ist. Welche Urkunden vollstreckbare Titel sind, ist in der CPO und in anderen Gesetzen bestimmt. Es sind folgende:

1. Den Regelfall bildet das rechtskräftige oder für vorläufig vollstreckbar erklärte Urtheil eines deutschen Gerichts (§ 704). Endurtheile sind auch die Theilurtheile und die Vorbehaltsurtheile (s. oben S. 338 §§ 300, 301, 302 Abs. 3, 540 Abs. 3, 599 Abs. 3 CPO). Das rechtskräftige Urtheil schließt den Widerspruch aus, ist daher ohne weiteres vollstreckbar. Daß das Gesetz aber auch die vorläufige Vollstreckbarkeit noch nicht rechtskräftiger Urtheile, d. h. einen richterlichen Ausspruch, daß das Urtheil vollstreckbar sei, zugelassen hat, rechtfertigt sich durch die Thatsache, daß die Unanfechtbarkeit erst nach Ablauf eines längeren Zeitraumes eintritt, daß in zahlreichen Fällen aber ein Widerspruch nicht zu erwarten ist, während die alsbaldige Vollstreckung im Interesse des Gläubigers liegt.

Von diesem Gedanken ausgehend, schließt die CPO zunächst die Vollstreckbarkeitserklärung aus für Urtheile in Ehesachen und in Rechtsstreitigkeiten, welche die Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern zum Gegenstande haben (§ 704 Abs. 2), weil es sich hier um Rechtsverhältnisse handelt, welche nur entweder bestehen oder nicht be-

Digitized by Google

stehen können, deren vorläufige Regelung vor dem Urtheile daher zwar im Wege der einstweiligen Verfügung (vergl. besonders § 627) möglich ist, deren urtheilsgemäße Normirung aber nicht durch die Möglichkeit der Aufhebung des Urtheils in Frage gestellt werden darf.

Ferner legt die CPO (§ 708) in Fällen, in denen sie einen Widerspruch für ganz unwahrscheinlich hält, dem Gerichte die Verpflichtung auf, das Urtheil für vorläufig vollstreckbar zu erklären, während sie da, wo mit der Möglichkeit der Anfechtung gerechnet werden muß, dem Gerichte das Recht der Vollstreckbarkeitserklärung einräumt. Abgesehen davon, daß die vorläufige Vollstreckbarkeit nur eine Eigenschaft dieses Urtheils ist und daher mit der Aufhebung oder Abänderung des Urtheils ohne weiteres erlischt (§ 707 Abs. 1), erfolgt die Vollstreckung eines solchen Urtheils jedenfalls auf Gefahr des Klägers und verpflichtet diesen auf Grund der Thatsache allein, daß das Urtheil aufgehoben oder abgeändert ist, also ohne Rücksicht auf ein Verschulden, zum Schadensersatze (§ 707 Abs. 2)[1]. Das Gericht ist daher nicht nur befugt, die vorläufige Vollstreckbarkeit von einer dem Kläger obliegenden Sicherheitsleistung abhängig zu machen und dem Beklagten auf Antrag nachzulassen, die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung abzuwenden (§ 713)[2], sondern es kann selbst da, wo es zur Vollstreckbarkeitserklärung verpflichtet ist, diesen Ausspruch unterlassen, wenn glaubhaft gemacht wird, daß die Vollstreckung des Urtheils dem Schuldner einen nicht zu ersetzenden Nachtheil bringen würde.

a) Verpflichtet zur Vollstreckbarkeitserklärung („ohne Antrag") ist das Gericht
   aa) bei Urtheilen, welche auf Grund eines Anerkenntnisses eine Verurtheilung aussprechen (§ 307),
   bb) bei Urtheilen, welche den Eintritt der in einem bedingten Endurtheile ausgedrückten Folgen aussprechen,
   cc) bei einem zweiten oder ferneren, in derselben Instanz gegen dieselbe Partei zur Hauptsache erlassenen Versäumnißurtheile,
   dd) bei Urtheilen, welche im Urkunden- oder Wechselprozesse erlassen werden,

---

[1]) Mein bürgerliches Recht Deutschlands. 1900. S. 444.

[2]) Vorausgesetzt, daß nicht der Gläubiger sich erbietet, vor der Vollstreckung Sicherheit zu leisten; der Gläubiger geht also vor.

Digitized by Google

ee) bei Urtheilen, durch welche Arreste oder einstweilige Verfügungen aufgehoben werden,

ff) bei Urtheilen, welche die Verpflichtung zur Entrichtung von Alimenten oder zur Entrichtung einer Geldrente (§§ 843, 844 BGB) aussprechen, soweit die Entrichtung für die Zeit nach der Erhebung der Klage und für das der Erhebung der Klage vorausgehende letzte Vierteljahr zu erfolgen hat.

b) Berechtigt zur Vollstreckbarkeitserklärung („auf Antrag") ist das Gericht in den Fällen, welche zur Zuständigkeit des Amtsgerichts gehören. Doch zählen hierher alle Urtheile über vermögensrechtliche Ansprüche, sofern der Gegenstand der Verurtheilung an Geld oder Geldeswerth die Summe von 300 Mark nicht übersteigt (§ 709 Nr. 4), mögen sie von einem Amtsgericht oder einem anderen Gericht erlassen sein. Endlich ist die Vollstreckbarkeitserklärung zugelassen bei allen Urtheilen, gleichviel was sie zum Gegenstande haben, wenn glaubhaft gemacht wird, daß die Aussetzung der Vollstreckung dem Gläubiger einen schwer zu ersetzenden oder einen schwer zu ermittelnden Nachtheil bringen würde, oder wenn der Gläubiger sich erbietet, vor der Vollstreckung Sicherheit zu leisten (§ 710, vergl. auch 711).

Die Anträge auf Vollstreckbarkeitserklärung oder auf Unterlassung dieses Ausspruches oder auf Nachlaß der Sicherheitsleistung sind der Ausdruck eines prozessualischen Anspruches, welcher dahin geht, dem Urtheil eine Eigenschaft beizulegen, die es an sich nicht haben würde, sie müssen also vor dem Schlusse der mündlichen Verhandlung gestellt werden, auf welche das Urtheil ergeht (§ 714), und ein Urtheil, das einen solchen Ausspruch enthalten sollte, aber nicht enthält, ist unvollständig (§§ 716, 321)[1]).

c) Ausgeschlossen ist die Zwangsvollstreckung

aa) aus einem ausländischen Urtheil,

bb) aus einem Schiedsspruch,

es sei denn, daß ihre Zulässigkeit durch ein Vollstreckungsurtheil des deutschen Gerichts ausgesprochen ist (§§ 722, 1042). Denn die Aussprüche fremder Gerichte sind für

[1]) Vorabverhandlung in der Berufungsinstanz (§ 718). Entscheidung durch Theilurtheil.

Digitized by Google

die inländischen Vollstreckungsorgane nicht bindend. Diesem Mangel wird nicht abgeholfen durch einen auf einseitigen Antrag erlassenen Vollstreckungsbefehl des deutschen Richters, sondern nur durch ein im Inlande gesprochenes, also nach Anhörung beider Parteien erlassenes Urtheil; es wird auf diese Weise dem vielleicht ungehört im Auslande verurtheilten Deutschen die Möglichkeit gewährt, sich gegen eine Zwangsvollstreckung zu schützen. Grundlage der im Inlande zu erhebenden Klage ist aber nicht das ursprüngliche Rechtsverhältniß, sondern das nach Maßgabe des ausländischen Rechtes in Rechtskraft übergegangene ausländische Urtheil (§ 723). Der Schiedsspruch hat zwar unter den Parteien die Wirkungen eines rechtskräftigen Urtheils (§ 1040); da aber auch hier nicht volle Sicherheit dafür besteht, ob die wesentlichsten Grundsätze eines ordnungsmäßigen Verfahrens beobachtet worden sind, soll auch hier dem Verurtheilten noch die Möglichkeit gegeben werden, Gründe geltend zu machen, welche die Aufhebung des Schiedsspruches rechtfertigen (§ 1042). In beiden Fällen wird nicht eine actio judicati auf Erfüllung des Urtheils oder Spruches, sondern auf Erlaß des Vollstreckungsurtheils erhoben.

2. Die Eigenschaft der Unanfechtbarkeit theilt das rechtskräftige Urtheil aber mit einer Reihe anderer Anspruchs-Feststellungen, die gerade dem Zwecke dienen, unnöthiges Prozessiren zu vermeiden. Daher ist die Zwangsvollstreckung zugelassen (§ 794)

a) aus Vergleichen, welche nach Erhebung der Klage zwischen den Parteien oder zwischen einer Partei und einem Dritten zur Beilegung des Rechtsstreits über den Streitgegenstand vor einem deutschen Gerichte, also nicht nothwendig vor dem Prozeßgerichte, oder vor dem Amtsgerichte gemäß § 510 CPO geschlossen worden sind;

b) aus Entscheidungen, gegen welche das Rechtsmittel der Beschwerde stattfindet (also namentlich aus Kostenfestsetzungsbeschlüssen);

c) aus den im Mahnverfahren erlassenen Vollstreckungsbefehlen;

d) aus vollstreckbaren Urkunden, d. h. aus Urkunden, welche von einem deutschen Gericht oder von einem deutschen Notar innerhalb der Grenzen seiner Amtsbefugnisse in der vorgeschriebenen Form aufgenommen

Digitized by Google

sind, sofern die Urkunde über einen Anspruch errichtet ist, welcher die Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Quantität anderer vertretbarer Sachen oder Werthpapiere zum Gegenstande hat, und der Schuldner sich in der Urkunde der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat. Insbesondere kann man sich in dieser Weise gegenüber dem Anspruche aus einer Hypothek, einer Grundschuld oder Rentenschuld der Zwangsvollstreckung unterwerfen, und zwar auch in der Weise, daß die Zwangsvollstreckung gegen den jeweiligen Eigenthümer des Grundstücks zulässig sein soll, eine Klausel, die zur Wirksamkeit gegen Dritte der Eintragung ins Grundbuch bedarf (§§ 794 Nr. 5, 799, 800).

Hierzu treten:

e) die Arrestbefehle und die einstweiligen Verfügungen (§§ 929, 930, 936),
f) die Forderungsfeststellung im Konkurse und der Zwangsvergleich (§§ 145, 164, 194, 206 KO),
g) die Entscheidungen der Strafgerichte, welche die Verurtheilung zur Zahlung einer Geldstrafe oder einer Buße aussprechen (§ 494 StPO, § 97 RAO),
h) die für vollstreckbar erklärte Vorschuß-, Zusatz- oder Nachschußberechnung gegenüber den Mitgliedern einer eingetragenen Genossenschaft (§§ 109, 114 Ges. vom 1. Mai 1889),
i) der Bestätigungsbeschluß, welcher eine Auseinandersetzung zwischen Miterben und andern Theilhabern einer Gemeinschaft betrifft (§§ 98, 99 FGG),
k) die rechtskräftig bestätigte Dispache (§ 158 FGG),
l) die rechtskräftigen oder für vorläufig vollstreckbar erklärten Endurtheile der Gewerbegerichte und die vor diesen Gerichten abgeschlossenen Vergleiche (§§ 56, 72, 73 Ges. v. 29. Juli 1890),
m) die Entscheidungen des Patentamtes in Nichtigkeitsprozessen, soweit sie die Kosten des Verfahrens betreffen (§§ 31 ff. Ges. v. 7. April 1891).

Endlich hat die CPO der Landesgesetzgebung die Ermächtigung ertheilt, die Zwangsvollstreckung noch aus anderen Schuldtiteln zuzulassen (§ 801).

Für alle diese Schuldtitel geltende allgemeine Voraussetzung der Vollstreckbarkeit ist, daß der durch den Titel

Digitized by Google

festgestellte Anspruch an sich vollstreckt werden kann. Es scheiden daher aus dem Bereiche der Vollstreckbarkeit die bloßen Feststellungsurtheile aus (s. darüber oben S. 246 ff.), selbstverständlich auch die bedingten und alle konstitutiven Urtheile, letztere, weil sie ein befriedigungsbedürftiges Recht nicht übrig lassen (s. oben S. 380), endlich aber alle diejenigen Schuldtitel, welche die dem Schuldner obliegende Leistung nicht bestimmt bezeichnen. Wenn z. B. erkannt wird: „Der Anspruch wird auch dem Betrage nach für gerechtfertigt erklärt, vorbehaltlich der dem Beklagten etwa zustehenden Gegenforderungen[1]," so läßt sich das Urtheil nicht vollstrecken.

Ferner ist zu unterscheiden zwischen Erfüllbarkeit und Erzwingbarkeit: ein Urtheil auf Herstellung des ehelichen Lebens (§ 1567 BGB), auf Eingehung einer Ehe[2]), auf Leistung von Diensten aus einem Dienstvertrage kann freiwillig erfüllt, nicht aber durch Zwangsmittel durchgesetzt werden (§ 888 CPO), denn hier versagt die Möglichkeit der Beugung widerstrebenden Willens. Daß eine unmögliche Leistung nicht erzwungen werden kann, bedarf keiner Erörterung.

Vollstreckbar sind demnach diejenigen Schuldtitel, welche dem Schuldner eine bestimmte, erzwingbare Leistung auferlegen.

B. Der Schuldtitel muß mit der Vollstreckungsklausel versehen sein: die Zwangsvollstreckung erfolgt auf Grund einer vollstreckbaren, d. h. mit jener Klausel versehenen Ausfertigung des Schuldtitels (§ 724). Diese Klausel lautet: „Vorstehende Ausfertigung wird dem pp. (Bezeichnung der Partei) zum Zwecke der Zwangsvollstreckung ertheilt," sie wird der Ausfertigung des Schuldtitels am Schlusse beigefügt, vom Gerichtsschreiber unterschrieben und mit dem Gerichtssiegel versehen (§ 725). Sie überhebt das Vollstreckungsorgan der in zahlreichen Fällen schwierigen Entscheidung der Frage, ob, für und gegen wen zu vollstrecken ist. Die Vollstreckungsklausel mußte jedoch auch in den Fällen für nothwendig erklärt werden, in denen jene Prüfung eine einfache ist, was insbesondere für vorläufig vollstreckbare

[1]) Der Praxis der jüngsten Zeit entnommen.

[2]) Kann in einem Urtheile eines deutschen Gerichts nicht mehr ausgesprochen werden (§ 1297 BGB).

Digitized by Google

Urtheile gilt. Auch bei rechtskräftigen Urtheilen ist das Zeugniß der Rechtskraft (§ 706) nicht im Stande, die Klausel zu ersetzen. Die Vollstreckungsklausel ist jedoch nicht erforderlich für Arrestbefehle, einstweilige Verfügungen und Vollstreckungsbefehle, es sei denn, daß nach Erlaß dieser Schuldtitel eine Rechtsnachfolge eingetreten wäre (§§ 929, 936, 796). Diese Titel enthalten nämlich in sich selbst die Zulassung der Exekution.

Die Ertheilung der Vollstreckungsklausel ist Sache des Gerichtsschreibers erster Instanz, und wenn der Rechtsstreit bei einem höheren Gericht anhängig ist, Sache des Gerichtsschreibers dieser Instanz (§ 724 Abs. 2. RG 18, 424). In einzelnen Fällen, in welchen die Prüfung der Zulässigkeit der Klausel bessere Rechtskenntnisse erfordert, kann der Gerichtsschreiber nur auf Anordnung des Vorsitzenden handeln, die Ertheilung bleibt jedoch auch in diesen Fällen eine Handlung des Gerichtsschreibers. Wenn also der Vorsitzende die Anordnung nicht ertheilen will, so hat der Gerichtsschreiber die Ertheilung abzulehnen; der abgewiesene Antragsteller kann die Entscheidung des Prozeßgerichts einholen, und wenn dieses dem Antrage nicht stattgeben will, muß es den Antrag dem Beschwerdegerichte vorlegen (§ 576 RG 20, 375). Handelt es sich um gerichtliche Urkunden, so ist der Gerichtsschreiber desjenigen Gerichtes zuständig, welches die Urkunde aufgenommen hat, und handelt es sich um eine notarielle Urkunde, so hat der Notar die Klausel zu ertheilen (§ 797)[1]).

Der Anspruch auf Gewährung einer vollstreckbaren Ausfertigung wird

1) regelmäßig im Wege eines an den zuständigen Gerichtsschreiber zu richtenden Gesuches geltend gemacht. Begründet ist das Gesuch,

a) wenn der beizutreibende Anspruch überhaupt (s. oben A),

b) wenn er für den Gesuchsteller und gegen diejenige Person vollstreckbar ist, welche jener als seinen Schuldner bezeichnet.

a) Die Vollstreckbarkeit eines an sich vollstreckungsfähigen Schuldtitels wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Leistungspflicht des Schuldners und also die Ausführung

[1]) Vergl. auch die gesetzlichen Bestimmungen, welche oben S. 392 angeführt sind.

Digitized by Google

der Exekution nach Inhalt des Schuldtitels von dem Eintritt einer in der Zukunft liegenden Thatsache abhängt. Da nun in der Ertheilung der Klausel die Zulassung der Exekution ausgesprochen wird, durch die Klausel aber der Inhalt des Schuldtitels nicht geändert werden darf, so muß das Gesuch durch den Nachweis begründet werden, daß die Thatsache eingetreten ist, und zwar kann der Nachweis nur durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden geführt werden, denn der Gerichtsschreiber kann nur auf Grund eines fürs erste unwiderlegbaren Beweises oder der Gerichtskundigkeit handeln.

Steht eine wirkliche Bedingung in Frage, so bestand ebenso wie in dem Falle, wenn die Leistung des Schuldners von einer vom Gläubiger zu bewirkenden Vorleistung abhängt, auch nach bisherigem Rechte kein Zweifel: der Gläubiger muß für den urkundlichen Beweis dieser Thatsachen Sorge tragen.

Die früher zweifelhafte und lebhaft erörterte Frage aber, wie der Gläubiger einer Zug um Zug gegen seine Leistung zu erfüllenden Verpflichtung sich zu verhalten habe, ist jetzt (§ 726 Abs. 2, Nov. z. CPO) gelöst: der Gläubiger kann die Vollstreckungsklausel ohne den Nachweis erlangen, daß er selbst geleistet habe, denn durch das Verlangen nach diesem Beweise würde man den Gläubiger zur Vorleistung nöthigen, also das Rechtsverhältniß in seinem Wesen verändern. Die Folge der Gesetzesänderung war aber die, daß man die Entscheidung darüber, ob der Gläubiger seinerseits geleistet oder den Schuldner in Annahmeverzug versetzt und also die Befugniß sofortiger Eintreibung der Gegenleistung erlangt hat, dem Vollstreckungsorgane, d. h. in den meisten Fällen dem Gerichtsvollzieher, überlassen mußte (§ 756 CPO, §§ 274, 322, 348 BGB). Der Nachweis, daß der Gläubiger geleistet oder den Gegner in Annahmeverzug versetzt hat, ist aber dann nöthig, wenn die Leistung des Schuldners in der Abgabe einer Willenserklärung besteht (z. B. „der Beklagte wird verurtheilt, gegen Empfangnahme von 1000 Mark die Löschung der auf . . . haftenden Hypothek von . . . zu bewilligen"), denn mit Ertheilung der Klausel ist die Willenserklärung abgegeben (§§ 726, 894 CPO).

b) Im Vollstreckungsverhältniß können andere Personen einander gegenüberstehen als im Prozeßverhältniß einander gegenüber gestanden hatten: die Zwangsvollstreckung kann für und kann gegen eine andere Person betrieben werden

Digitized by Google

als der Schuldtitel bezeichnet, vorausgesetzt, daß die Wirkungen der in dem Titel getroffenen Feststellung sich auf die neu eintretende Person erstrecken. In den Fällen also, in denen der Schuldtitel über einen an sich vollstreckbaren Anspruch lautet[1]) und für oder gegen einen Dritten Wirksamkeit besitzt, ist er auch für und gegen diesen Dritten vollstreckbar (s. oben S. 229, 230 und 379 ff). Daher kann die Zwangsvollstreckung für und gegen den Rechtsnachfolger oder den in § 325 bezeichneten unmittelbaren Besitzer, für und gegen den Nacherben bezw. Erben und gegen den Uebernehmer eines Vermögens (§§ 727—729) betrieben werden. Die Folge ist, daß die Vollstreckungsklausel den Namen des neuen Gläubigers und des neuen Schuldners enthalten (§ 750), daß also der Antragsteller sein Gesuch durch Hinweis auf die Offenkundigkeit derjenigen Thatsache, welche den Eintritt des Dritten zur Folge hat, oder durch Beibringung öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunden begründen muß.

In allen diesen Fällen hängt die Ertheilung der Klausel von der Anordnung des Vorsitzenden ab (§ 730).

2) Der Anspruch auf Ertheilung der Klausel kann auch im Wege einer Klage geltend gemacht werden, wenn die den Eintritt des Dritten begründenden Thatsachen weder offenkundig sind noch durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden bewiesen werden können. Die Klage ist von dem Dritten zu erheben oder gegen den Dritten zu richten, sie wird begründet nicht durch das dem früheren Schuldtitel zu Grunde liegende Rechtsverhältniß, sondern durch die Thatsache, daß der dort festgestellte Anspruch für oder gegen den Dritten wirkt. In diesem Prozesse sind alle Beweismittel verwendbar, der Beklagte hat aber die Befugniß, gegen den festgestellten Anspruch selbst diejenigen Einwendungen zu erheben, die erst nach Herstellung des Schuldtitels entstanden sind (§ 731, RG 34, 348).

C. Der vollstreckbare Schuldtitel muß Demjenigen, gegen den die Zwangsvollstreckung betrieben werden soll, zugestellt sein oder gleichzeitig mit dem Beginne der Zwangsvollstreckung zugestellt werden (§ 750); Kostenfestsetzungsbeschlüsse und exekutorische Urkunden (§ 794 Nr. 5) müssen mindestens einen Tag vorher zugestellt sein (§ 798).

[1]) Daher z. B. nicht im Falle des §§ 147 KO, 111, 114 Genoss. Ges. v. 1. Mai 1889.

Digitized by Google

Der Schuldner soll auf die ihm drohende Zwangsvollstreckung vorbereitet und in die Lage versetzt werden, die Zulässigkeit der Zwangsmaßregeln an der Hand des Schuldtitels zu prüfen. Hieraus folgt

1. daß dem Erfordernisse des Gesetzes mit der Thatsache der Zustellung Genüge geleistet ist und auf den Zweck der bereits erfolgten Zustellung nichts ankommt. War also vom Gläubiger dem Schuldner zugestellt, um eine Rechtsmittelfrist in Lauf zu setzen, so ist die Vorbedingung der Zwangsvollstreckung ebenso gegeben, wie wenn der Schuldner dem Gläubiger hatte zustellen lassen; denn mit der Zustellung an den Gegner bewirkt der Schuldner die Zustellung an sich selbst;

2. daß für den Regelfall die Zustellung des Schuldtitels allein genügt, in den Fällen aber, in welchen gegen eine andere als die im Schuldtitel bezeichnete Person vollstreckt wird, auch die Vollstreckungsklausel und die ihr zu Grunde liegenden öffentlichen Urkunden zugestellt werden müssen. Denn nur hierdurch wird der Schuldner, der nicht Prozeßgegner des Gläubigers war, auf die Exekution genügend vorbereitet.

Die (neue) Bestimmung (§ 798) über Kostenfestsetzungsbeschlüsse und vollstreckbare Urkunden hat den Zweck, den Schuldner, der nicht durch das Prozeßverfahren auf den beizutreibenden Betrag vorbereitet war, vor Ueberraschungen zu bewahren.

Aus dem Erfordernisse der Zustellung folgt zugleich, daß da, wo der Gerichtsvollzieher die Exekution vornimmt, die Zustellung noch rechtzeitig erfolgt, wenn er sie bei seinem der Pfändung geltenden Erscheinen bewirkt, daß aber überall da, wo ein Gericht Vollstreckungsorgan ist, diesem die vor Anordnung der beantragten Zwangsmaßregel erfolgte Zustellung nachgewiesen werden muß (RG 12, 381; 20, 385).

Einmalige Zustellung genügt auch für alle künftigen Vollstreckungsmaßnahmen aus demselben Schuldtitel.

II. Die Subjekte des Vollstreckungsverhältnisses.

§ 104. 1. Die Parteien.

Die Parteien des Vollstreckungsverhältnisses sind der „Gläubiger" und der „Schuldner". Gläubiger ist Derjenige

Digitized by Google

welcher befugt ist, die Anwendung von Zwangsmaßregeln zu verlangen, Schuldner Derjenige, gegen den der Zwang ausgeübt werden darf.

Wer Gläubiger und wer Schuldner ist, muß sich aus der Vollstreckungsklausel, und wo es einer solchen nicht bedarf, aus dem vollstreckbaren Schuldtitel ergeben (§§ 750, 798).

Steht der vollstreckbare Anspruch mehreren Personen oder gegen mehrere Personen zu, so entscheidet das bürgerliche Recht darüber, ob die Exekution von jedem einzelnen Gläubiger oder gegen jeden einzelnen Schuldner auf das Ganze betrieben werden darf. Das Vollstreckungsorgan kann sich nur an den vollstreckbaren Schuldtitel halten; läßt die Urtheilsformel Zweifel, so müssen die Urtheilsgründe zur Auslegung herangezogen, ein etwaiger Streit aber muß auf Antrag des einen oder anderen Theiles vom Vollstreckungsgericht entschieden werden (§ 766). Es empfiehlt sich also eine den Zweifel ausschließende Fassung der Urtheilsformel (z. B. die Beklagten werden als Gesammtschuldner verurtheilt, an die Kläger [als Gesammtgläubiger] [oder an die Kläger gemeinschaftlich] 400 Mark zu zahlen).

Der eine Gläubiger kann sich der von einem andern Gläubiger beantragten Vollstreckungsmaßregel anschließen. Dadurch verliert das von dem einen begründete Vollstreckungsverhältniß nicht seine Selbständigkeit gegenüber dem Vollstreckungsverhältnisse des andern (vgl. §§ 826, 827 CPO. 27 Zwgst. G).

Daß außer dem Gläubiger und Schuldner andere Personen ohne ihren Willen in das Verfahren hineingezogen werden, macht sie nicht zu Parteien des Vollstreckungsverhältnisses: Fortgang oder Stillstand des Verfahrens hängt daher nicht von ihrem Willen ab (vgl. § 805 CPO §§ 10, 20, 27, 29—31 u. a. Zwgst. G).

Während des Bestehens eines Vollstreckungsverhältnisses kann ein Wechsel in den Subjekten dieses Verhältnisses stattfinden. Der Regel nach ist in diesem Falle eine neue, auf das neueingetretene Rechtssubjekt lautende Vollstreckungsklausel erforderlich. Ausnahmen bietet der Fall, daß die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Erblassers begonnen hatte, denn in diesem Falle wird sie in den Nachlaß ohne neue Klausel fortgesetzt (§ 179 Abs. 1), sowie der Fall, daß nach der Beschlagnahme eines Grundstücks

Digitized by Google

ein Wechsel im Eigenthum des Grundstücks stattfindet, denn dieser Wechsel hat auf den Fortgang der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen keinen Einfluß (§§ 26, 146 Zwgst. Ges.).

§ 105. 2. Die Vollstreckungsorgane.

Nach dem gemeinen Prozeßrechte und den meisten Landesprozeßgesetzen war die Vollstreckung Aufgabe des erkennenden Gerichts: es wurde vom Sieger schriftlich angegangen, ordnete die Zwangsvollstreckung an und ließ sie nach seinen Weisungen durch die ihm unterstellten Vollstreckungsbeamten ausführen. Die CPO glaubte auch hierin dem französischen Vorbilde folgen und das „Vollstreckungsverfahren aus dem unmittelbaren Bereiche der richterlichen Thätigkeit" ausscheiden zu müssen. Die Exekution wurde daher *besonderen Organen* übertragen. Nach der Fassung des § 753 erfolgt die Zwangsvollstreckung grundsätzlich durch die Gerichtsvollzieher und nur ausnahmsweise durch die Gerichte. Da aber eine richterliche Mitwirkung nicht entbehrt werden konnte und in einer ganzen Reihe von Fällen die Anordnung und sogar die Durchführung der Zwangsvollstreckung den Gerichten überlassen werden mußte, kann von dem Verhältniß von Regel und Ausnahme keine Rede sein; vielmehr sind bestimmte Arten der Exekution ausschließlich dem Gerichtsvollzieher, bestimmte andere Arten der Vollstreckung ausschließlich den Gerichten übertragen.

I. Der *Gerichtsvollzieher* handelt nicht auf Befehl des ihm übergeordneten Richters, sondern im *Auftrage der Partei*. Diese kann zwar auch hier die Vermittlung des Gerichtsschreibers in Anspruch nehmen; doch gilt der von diesem beauftragte Gerichtsvollzieher als unmittelbar von der Partei beauftragt (§ 753). Da der Gerichtsvollzieher aber gegenüber Dritten Rechtshandlungen vorzunehmen hat, genügt der ihm gegebene Auftrag allein nicht, er bedarf einer *Vollmacht*, und diese liegt in der *Uebergabe der vollstreckbaren Ausfertigung* an ihn. Der Auftrag kann schriftlich oder mündlich ertheilt werden. Die in dem Besitze des vollstreckbaren Schuldtitels liegende Ermächtigung hat einen gesetzlich begrenzten Umfang, der mit Wirkung gegen Dritte nicht beschränkt werden kann. Er umfaßt:

1) die Vornahme der Zwangsvollstreckung (§ 755),

Digitized by Google

2) die Empfangnahme von Zahlungen und anderer Leistungen des Schuldners, die Quittungsleistung und die Aushändigung des vollstreckbaren Schuldtitels an den Schuldner, wenn dieser seiner Verpflichtung genügt hat (§ 754).

Die (unter 1 bezeichnete) Zwangsvollstreckung umfaßt Handlungen, die nur von der Staatsgewalt vorgenommen werden können und daher nicht Gegenstand eines privatrechtlichen Rechtsgeschäftes sind. Insoweit ist der Gerichtsvollzieher Rechtspflegeorgan wie das Gericht und andere staatliche Behörden, das Wort „Auftrag" darf insoweit nicht im Sinne von § 662 BGB aufgefaßt werden und würde aller Berechtigung entbehren, wenn der Gerichtsvollzieher nicht an die gesetzlich zulässigen Weisungen des Gläubigers gebunden wäre.

Die (unter 2 bezeichneten) Rechtshandlungen sind solche, die auch der Gläubiger selbst würde vornehmen, die also Gegenstand eines civilrechtlichen Geschäftes sein können. Da aber die Ermächtigung zur Vornahme dieser Handlungen nicht einer beliebigen Privatperson ertheilt werden kann, sondern eine Folge davon ist, daß der Gerichtsvollzieher als Rechtspflegeorgan thätig wird, so kann der zur Vornahme dieser Handlungen ertheilte Auftrag nicht als civilrechtliches Mandat aufgefaßt werden. Für Versehen haftet der Gerichtsvollzieher daher nicht blos den Dritten, sondern auch seinem Auftraggeber ausschließlich als Beamter nach § 839 BGB[1]); sein Irrthum oder sein böser Glaube nützt oder schadet daher dem Gläubiger nicht (§ 166 Abs. 1 BGB). Daß der Gläubiger dem Gerichtsvollzieher daneben eine privatrechtliche Vollmacht z. B. zum Erlaß oder zur Novation der Schuld ertheilen kann, ist fraglos.

Das Gesetz stattet den Gerichtsvollzieher mit einer Reihe von Machtbefugnissen aus, ohne welche er sein Amt nicht ausüben kann: Eintritt in die Wohnung, Durchsuchung der Behältnisse, Oeffnung verschlossener Räume und Behältnisse, Brechung des Widerstandes des Schuldners (§§ 758, 759), es begrenzt aber diese Befugnisse hinsichtlich des Zeitpunktes ihrer Vornahme (§ 761).

Der Gerichtsvollzieher hat über jede Vollstreckungshandlung ein Protokoll aufzunehmen (§§ 762, 763).

---

[1]) Anders, aber sehr einseitig und vielfach angefochten RG (verein. Civilsenate) 16,396 ff.

Digitized by Google

II. Zur Vornahme von Vollstreckungshandlungen ist in mehreren Fällen das Gericht berufen, und zwar entweder das Vollstreckungsgericht oder das Prozeßgericht.

1. Das Vollstreckungsgericht (s. oben S. 32,33). Dieses Gericht verfährt nur auf Antrag. Der Antrag kann schriftlich eingereicht oder beim Gerichtsschreiber zu Protokoll erklärt werden (§§ 78, 79). Anwaltszwang besteht im Verfahren vor dem Vollstreckungsgericht nicht. Das Vollstreckungsgericht kann ohne mündliche Verhandlung entscheiden; ob es den Gegner hören will oder nicht, hängt von seinem Ermessen ab, doch ist die Anhörung vorgeschrieben, wenn der Gläubiger statt der Ueberweisung eine andere Art der Verwerthung einer gepfändeten Forderung verlangt (§ 844), und die Anhörung ist ausdrücklich verboten vor der Pfändung einer Forderung (§ 834).

Das Verfahren unterscheidet sich, selbst wenn mündliche Verhandlung angeordnet ist, wesentlich vom Erkenntnißverfahren. Denn im Vollstreckungsverfahren handelt es sich allein um die Frage, ob und in welchem Maße die staatlichen Machtmittel anzuwenden sind. Der Privatrechtsanspruch des Klägers bildet also nur den Anlaß, nicht mehr den Gegenstand richterlicher Kognition, und wenngleich es dem Sieger unbenommen bleibt, auf seinen Anspruch zu verzichten oder über die Art und Weise der Befriedigung seines Anspruchs mit dem Gegner einen Vergleich zu schließen, seinem Gegner Stundung zu gewähren und den Antrag auf Vornahme von Zwangsmaßregeln zurückzunehmen, weiter reicht die Verfügungsmacht der Parteien nicht. Die Folge ist, daß die Parteien den Richter von der Wahrheit rechtserheblicher Behauptungen überzeugen müssen, daß es ein Anerkenntniß nicht geben, ein Geständniß blos als Beweisgrund wirken kann, daß der Parteieneid und das Versäumißverfahren ausgeschlossen sind. Das Ergebniß des Antrages oder der etwaigen Verhandlung ist niemals ein Urtheil, sondern stets ein Beschluß. Dieser enthält regelmäßig eine Anordnung, nämlich immer dann, wenn das Gericht den Antrag auf Anwendung einer Zwangsmaßregel für begründet erachtet, eine Entscheidung dagegen dann, wenn es den Antrag für unbegründet erklärt oder wenn dem Gegner Gelegenheit zur Aeußerung gegeben war. Gegen Entscheidungen, welche im Zwangsvollstreckungsverfahren ohne mündliche Verhandlung erlassen werden können, findet

Digitized by Google

die sofortige Beschwerde statt (Vgl. RG 16, 319). Die Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde beschränkt sich aber nach § 793 auf die im Vollstreckungsverfahren erlassenen Entscheidungen. Daher unterliegt die Anfechtbarkeit solcher Verfügungen und Beschlüsse, welche nur eine die Exekution vorbereitende Maßnahme betreffen (z. B. das Zeugniß der Rechtskraft, die Ertheilung der Vollstreckungsklausel), den allgemeinen Grundsätzen über die Beschwerde (also einfache Beschwerde bei Ablehnung des Antrages § 567).

2. Das Prozeßgericht. Dieses ist befugt, die Einstellung der Exekution anzuordnen (§§ 769, 770, 771 Abs. 3, 785, 786), und das Prozeßgericht erster Instanz ist zuständig für die Anordnung der auf Erwirkung von Handlungen und Unterlassungen gerichteten Zwangsmaßregeln (§§ 887—892).

Kommt eine dieser letzteren Maßregeln in Frage, so ist beim Prozeßgericht ein Antrag zu stellen, der den allgemeinen Vorschriften über den Anwaltszwang unterliegt und zu einem Verfahren führt, das die unter 1 bezeichneten Eigenschaften hat, in welchem aber stets der Schuldner mündlich oder schriftlich gehört werden muß (§ 891). Das Rechtsmittel ist hier stets die sofortige Beschwerde, denn bei der Nothwendigkeit beiderseitigen Gehörs ist auch der die Zwangsmaßregel befehlende Beschluß eine Entscheidung im Sinne des § 793.

Die Gerichtsstände des Zwangsvollstreckungsverfahrens sind ausschließliche (§ 802), eine Zuständigkeitsvereinbarung kann also nicht stattfinden (§ 40).

C. Die Ausführung der Zwangsvollstreckung.

§ 106. Uebersicht.

Die Anwendung der staatlichen Zwangsgewalt hängt von der Gültigkeit des Vollstreckungsverhältnisses und diese von dem Vorhandensein der oben unter §§ 102—105 erörterten Voraussetzungen ab. Sind diese nicht vorhanden, so ist das Vollstreckungsverhältniß nicht entstanden und die in Anwendung gebrachte Zwangsmaßregel ein nichtiger Akt.

Welches Zwangsmittel in Anwendung kommen soll, hängt vom Willen des Gläubigers ab: das Vollstreckungsorgan mag unklare Anträge des Gläubigers in dem für ihn günstigsten Sinne auslegen, eine andere, zweckmäßiger scheinende Maßregel an Stelle der beantragten vorzunehmen, ist das Exekutionsorgan nicht befugt.

Digitized by Google

Die Zwangsvollstreckung hat den Zweck, ohne und gegen den Willen des Schuldners dem Gläubiger das zu verschaffen, worauf dieser nach Inhalt des Schuldtitels Anspruch hat. Gegenstand der Vollstreckung ist also der vollstreckbare Anspruch, Mittel der Exekution diejenige Bethätigung der staatlichen Macht, welche geeignet ist, jenes Ziel zu erreichen. Das Vollstreckungsmittel richtet sich daher nach dem Gegenstande des Anspruchs, der verlangten Leistung. Die dem Schuldner obliegende Leistung ist entweder

1) eine solche, die nur durch die persönliche Thätigkeit des Schuldners gewährt werden kann. Der Zwang, der in diesem Falle ausgeübt werden kann, ist ein mittelbarer, in einer Einwirkung auf den Willen des Schuldners bestehend. Der indirekte Zwang kommt zur Anwendung, wenn es sich um die Herbeiführung einer ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängenden Handlung (§ 888) oder um die Erzwingung einer Unterlassung oder Duldung handelt (§ 890);

2) oder eine solche, die durch das Thun einer andern Person ersetzt werden kann. Der Zwang, der in diesem Falle ausgeübt wird, ist ein unmittelbarer, denn es geschieht von Seiten des Staates oder seiner Organe das, was der Schuldner thun sollte. Am einfachsten ist diese Art der Zwangsausübung, wenn den Gegenstand des Anspruchs eine Willenserklärung bildet (§ 894); sie kommt aber auch bei Ansprüchen auf Vornahme sog. vertretbarer Handlungen (§ 887), auf Herausgabe einer Sache (§§ 883 ff) und auf Zahlung einer Geldsumme (§§ 803 ff) zur Anwendung.

Dieser Gegensatz sollte hier aber nur erwähnt werden; denn die Eintheilung der Verfahrensarten nach der Art der vollstreckbaren Ansprüche ist zweckmäßiger und auch von der CPO bevorzugt worden.

§ 107. Beginn der Zwangsvollstreckung.

Mit der Herstellung der Voraussetzungen des Vollstreckungsverhältnisses hat es die Vorbereitung der Exekution zu thun. Der Beginn des Zwangsvollstreckungsverfahrens selbst liegt in dem vom Gläubiger dem Gerichtsvollzieher ertheilten Auftrage oder in dem von ihm bei Gericht gestellten Vollstreckungs-Antrage. Die Folge ist die, daß nicht eine die Vorbereitung der Exekution betreffende Entscheidung, wohl aber die Abweisung eines dem Gerichte vorgelegten

Digitized by Google

Zwangsvollstreckungsantrages der sofortigen Beschwerde unterliegt (§ 793).

Die CPO spricht aber an mehreren Stellen vom Beginne der Zwangsvollstreckung d. i. derjenigen Maßnahmen des Vollstreckungsorganes, welche eine Anwendung des Zwangsmittels enthalten. Dieser Anfang liegt da, wo der Gerichtsvollzieher handelt, in der der Zustellung (§ 750) nachfolgenden, vom Gerichtsvollzieher ausgesprochenen Aufforderung, an ihn zu leisten, nicht erst in der Pfändung; da aber, wo ein Gericht Vollstreckungsorgan ist, in der ersten, dem Schuldner gegenüber vorgenommenen richterlichen Handlung, also in der an den Schuldner gerichteten Aufforderung sich zu erklären (§ 891), und wo eine solche Aufforderung nicht erfolgt, in dem Erlaß des die Zwangsmaßregel enthaltenden Beschlusses (§§ 828 ff).

Daß der Beginn der Zwangsvollstreckung nicht vor der Herstellung der Voraussetzungen liegen kann, versteht sich von selbst. Vor diesem Zeitpunkte kann immer nur die Sicherung des Anspruches durch Arrest oder einstweilige Verfügung in Frage kommen. Die Exekution darf aber ferner erst mit Eintritt der Fälligkeit des vollstreckbaren Anspruches beginnen (§§ 751,756,765).

§ 108. Widersprüche und Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung.

Nimmt die Zwangsvollstreckung ihren ungestörten Verlauf, so kann sie ihr Ziel selbst dann erreichen, wenn sie mit unzulässigen Mitteln arbeitet oder die Rechte Dritter verletzt. Ob das Ergebniß der Exekution in Frage gestellt, dem Gläubiger das wieder genommen werden kann, was er durch die Vollstreckung erlangt hat, ist eine Frage des Privatrechtes. Der Verhütung von Rechtskränkungen durch eine noch nicht beendete Zwangsvollstreckung dienen verschiedenartige gegen sie gerichtete Widersprüche. Diese Widersprüche richten sich entweder gegen die prozessualische Zulässigkeit der Vollstreckung oder gegen die privatrechtlichen Befugnisse des Gläubigers.

I. Die prozessualische Zulässigkeit der Exekution wird angefochten

1. durch Einwendungen des Schuldners, welche die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel betreffen, denn mit diesen wird eine Voraussetzung des Vollstreckungsverhältnisses,

Digitized by Google

also die Statthaftigkeit der Vollstreckung überhaupt angefochten. Diese Einwendung kann geltend gemacht werden

a) durch einen bloßen Antrag bei demjenigen Gericht, dessen Gerichtsschreiber, sei es auch auf Anordnung des Vorsitzenden, die Vollstreckungsklausel ertheilt hat (§ 732). Das Gericht kann vor der Entscheidung die Zwangsvollstreckung einstellen, die Entscheidung selbst kann ohne mündliche Verhandlung erlassen werden und erfolgt in Gestalt eines Beschlusses;

b) durch Klage, wenn der Schuldner behauptet, daß die bei Ertheilung der Vollstreckungsklausel vorausgesetzte besondere Thatsache (§§ 726 Abs. 1, 727—729, 738, 744, 745 Abs. 2, 749) nicht eingetreten sei. Die Klage ist gegen den Gläubiger zu richten und verlangt Aufhebung der Vollstreckungsklausel und Feststellung der Unzulässigkeit einer aus dieser Klausel etwa schon betriebenen Zwangsvollstreckung. Sie ist demnach auf bestimmte Fälle beschränkt, ohne für sie die Zulässigkeit eines bloßen Antrages (unter a) auszuschließen (§ 768).

2. Durch Anträge, Einwendungen und Erinnerungen, welche die Art und Weise der Zwangsvollstreckung oder das vom Gerichtsvollzieher beobachtete Verfahren betreffen. Hierüber entscheidet das Vollstreckungsgericht, auch dann, wenn eine von ihm selbst vorgenommene Vollstreckungshandlung z. B. die Pfändung einer Forderung, in Frage gestellt wird (§ 766). Das Recht zu Vorstellungen dieser Art steht nicht nur dem Schuldner, sondern auch dem Gläubiger und selbst einem Dritten zu, wenn seine Rechte durch die unrichtige Art und Weise der Zwangsvollstreckung gefährdet werden (RG 34, 378).

Zu den in diesem — formlosen — Verfahren zu erörternden Erinnerungen gehören

a) die Einwendungen, welche die Zulässigkeit des Beginnes der Zwangsvollstreckung bekämpfen (§§ 750—752);

b) alle diejenigen, welche eine etwaige vertragsmäßige, eine gesetzliche oder für den Gerichtsvollzieher maßgebende instruktionelle Bestimmung als verletzt bezeichnen. Wenn also z. B. der Vorschrift der §§ 777, 810, 811, 850 zuwider eine Sache oder eine Forderung gepfändet wird, die nicht hätte gepfändet werden sollen, wenn die Zwangsvollstreckung in Vermögensbestandtheile vorgenommen wird, welche für die zu vollstreckende Schuld nicht haften (§§ 735ff),

Digitized by Google

so erhebt der Schuldner einen Einwand gegen die prozeßrechtliche Befugniß des Gläubigers auf Vornahme dieser Pfändung. Der Schuldner hat aber auch keine andere als die im Wege der Widerspruchsklage (§ 771) hier bezeichnete Befugniß zu Erinnerungen, weder darf er die Rechte Dritter am Gegenstande der Zwangsvollstreckung noch darf er oder der Dritte, der nur durch die Art der Vollstreckung gefährdet ist, seine eigenen Einwendungen klageweise geltend machen (RG 34, 380. 42, 344), noch endlich ist ihm ein Wahlrecht zwischen der hier erörterten Erinnerung und — soweit gerichtliche Verfügungen in Frage stehen — der sofortigen Beschwerde eingeräumt. Hat das Vollstreckungsgericht ohne vorheriges Gehör des Schuldners eine Vollstreckungsmaßregel vorgenommen, so muß dieser zunächst den Weg bloßer Erinnerung (§ 766) beschreiten, und erst wenn in Folge der Einwendung das Vollstreckungsgericht einen Beschluß gefaßt hat, steht ihm gegen diesen das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde (§ 793) zur Seite. Denn erst dieser Beschluß stellt eine Entscheidung dar, die der Beschwerde unterliegt (RG 16, 317). Die Folge ist die, daß wenn das Prozeßgericht in den Fällen, in denen es hierzu befugt ist, eine Vollstreckungsmaßregel angeordnet hat, der Schuldner ebenso die sofortige Beschwerde und nur sie einlegen kann, wie wenn das Vollstreckungsgericht nach Anhörung des Schuldners eine Vollstreckungsmaßregel erlassen hat (RG 18, 431).

II. Die privatrechtliche Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung kann nur im Wege der Klage geltend gemacht, also nur durch Urtheil festgestellt werden.

1) Der Schuldner kann Einwendungen erheben, die den durch das Urtheil festgestellten Anspruch selbst betreffen (§ 767). Hiermit werden alle diejenigen Fälle getroffen, in denen der privatrechtliche Anspruch des Gläubigers in Frage gestellt wird, daher gehören hierher alle diesen Anspruch tilgenden Einreden (Zahlung, Erlaß, Vergleich, Novation, Kompetenzeinrede), aber auch der Einwand der mangelnden Sachlegitimation, wenn der Gläubiger den vollstreckbar gewordenen Anspruch abgetreten oder statt des Schuldners einen andern Schuldner angenommen hat.

Diese sog. Vollstreckungsgegenklage[1]) kann nur bei dem Prozeßgericht erster Instanz d. h. bei demjenigen Amts-

[1]) Kohler: Ungehorsam und Vollstreckung im Civilprozeß. 1893 (aus Archiv f. civil. Pr. Bd. 80).

Digitized by Google

oder Landgericht, das den anzufechtenden vollstreckbaren Schuldtitel erlassen hat (§ 767 Abs. 2, vgl. jedoch § 796), und wenn es sich um die Vollstreckung aus einer exekutorischen Urkunde handelt, bei demjenigen Amts- oder Landgericht erhoben werden, bei dem der Schuldner im deutschen Reiche seinen allgemeinen Gerichtsstand hat (§ 797). Sie kann nur auf solche Thatsachen gestützt werden, welche erst nach dem Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, in welcher sie spätestens hätten geltend gemacht werden müssen, und durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können, entstanden sind. War also gegen das Urtheil, aus welchem die Zwangsvollstreckung betrieben wird oder betrieben werden könnte, der Einspruch oder die Berufung zulässig, so ist die Klage unstatthaft. Hatte sich jene Thatsache nach dem letzten Verhandlungstermine, aber vor Verkündung des Urtheils zugetragen, so war ihre Geltendmachung im Prozesse nicht mehr möglich.

Das Ziel der Klage ist nicht die Aufhebung des früheren Urtheils, denn dieses war zu Recht ergangen; es soll nur verhindert werden, daß der frühere Kläger auf Grund dieses Urtheils einen Vortheil erlange, auf den er nach der gegenwärtigen Sachlage kein Recht hat. Der Klageantrag und das Urtheil lauten daher nur dahin, daß die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt werde.

2) Ein Dritter kann die Durchführung der Zwangsvollstreckung verhindern, wenn er ein die Veräußerung hinderndes Recht an dem „Gegenstande der Zwangsvollstreckung" d. h. an demjenigen Vermögensobjekte hat, durch welches der Gläubiger befriedigt werden soll. Denn der Gläubiger hat nur das Recht, diejenigen zum Vermögen seines Schuldners gehörigen Gegenstände zu seiner Befriedigung zu verwenden, welche dieser selbst zum Zwecke der Beschaffung von Baarmitteln würde veräußern dürfen. Die Folge ist, daß auch derjenige, zu dessen Gunsten ein Veräußerungsverbot besteht, deshalb auch der Nacherbe, der Ehemann, seine Rechte gegenüber der drohenden Veräußerung der seinen Rechten unterliegenden Vermögensstücke wahren darf (§§ 771—774). Dritter ist jeder, der nicht dem vollstreckbaren Schuldtitel, auf Grund dessen die Zwangsvollstreckung betrieben wird, unterliegt.

Digitized by Google

Die in diesem Falle zu erhebende sog. Widerspruchsklage[1]) ist nicht, wie von Mehreren behauptet wird, eine „prozeßrechtliche" Klage, denn sie macht kein Prozeßrecht geltend; sie ist eine auf dasjenige Privatrecht, das durch die Zwangsvollstreckung gefährdet wird, gegründete Klage, die nur in dem unberechtigten prozessualischen Zugriffe des Gläubigers ihren Anlaß findet und daher als negatorische Klage zu bezeichnen ist. Das Dazwischentreten des Dritten wird häufig als Intervention bezeichnet, unterscheidet sich aber wesentlich von der Hauptintervention, denn diese macht ein Recht an dem streitigen Gegenstande geltend und will einen unnöthigen Prozeß verhindern, die Exekutionsintervention macht ein Recht an dem Gegenstande der Befriedigung geltend und will die ungerechtfertigte Befriedigung des Gläubigers verhindern. Sie ist bei dem Gerichte zu erheben, in dessen Bezirke die Zwangsvollstreckung erfolgt. Beide Klagen können nur vor der Beendigung der Zwangsvollstreckung erhoben werden. Ist die Exekution beendet, so kann nur eine Schadensersatz- oder Bereicherungsklage in Frage kommen.

§ 109. Aufhebung und Einstellung der Zwangsvollstreckung.

Die Aufhebung der Exekution besteht in der Zurücknahme der vorgenommenen Vollstreckungshandlungen, also in der Herstellung des früheren Zustandes, die Einstellung der Zwangsvollstreckung aber läßt die etwa schon erfolgten Vollstreckungsmaßnahmen mit ihren Wirkungen bestehen und führt nur für die Zukunft einen Stillstand herbei. Die Einstellung ist aber auch vor dem Beginne der Zwangsvollstreckung gestattet (RG 32, 394).

Ein solches Eingreifen in den regelmäßigen Verlauf des ja doch der Befriedigung eines feststehenden Anspruchs dienenden Verfahrens ist etwas Ungewöhnliches, dem Wesen des Zwangsverfahrens Widersprechendes. Es ist daher nur ausnahmsweise gestattet.

1. Eine solche Ausnahme ist dann gegeben, wenn Zweifel darüber bestehen, ob der für jetzt feststehende Anspruch diese seine Eigenschaft behalten wird. Daher ist die

[1]) Sie hat eine sehr umfängliche Literatur wachgerufen.

Digitized by Google

Einstellung (und gegen Sicherheitsleistung auch die Aufhebung) gestattet, wenn der vollstreckbare Schuldtitel im Wege der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand oder der Wiederaufnahme des Verfahrens (§ 707), ein vorläufig vollstreckbares Urtheil im Wege des Einspruchs oder eines Rechtsmittels angefochten wird (§ 719), wenn Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel (§§ 732, 768) oder gegen den festgestellten Anspruch selbst erhoben werden (§§ 767, 769);

2. wenn anzunehmen ist, daß der vollstreckbare Anspruch nicht mehr besteht oder nicht mehr fällig ist (§§ 775, 776).
3. Die Einstellung der Zwangsvollstreckung ist ferner dann gestattet, wenn die prozessualische oder privatrechtliche Zulässigkeit gerade dieser Vollstreckungsmaßregel angefochten wird, also wenn eine Einwendung gegen die Art und Weise der Exekution oder ein Widerspruch gegen die Ergreifung eines bestimmten Vermögensobjektes erhoben wird (§§ 766, 771).
4. Die Einstellung muß erfolgen, wenn sie der Gläubiger verlangt; denn er bleibt Herr des Verfahrens (vergl. §§ 29—31 ZwstG).

Die Einstellung ist überall da, wo ein zweiter Prozeß (Vollstreckungsgegenklage, Widerspruchsklage, Klage auf Unzulässigkeit der Vollstreckungsklausel) der Zwangsvollstreckung aus dem Urtheile eines früheren Prozesses hindernd entgegentritt, Sache des Prozeßgerichtes, d. h. desjenigen Gerichtes, bei welchem der zweite Prozeß anhängig ist (RG 33, 388), in dringenden Fällen, also insbesondere dann, wenn der Prozeß noch nicht anhängig ist, das Vollstreckungsgericht (§§ 769, 771). Nur dieses ist zuständig, wo ein anderes Gericht mit der Sache überhaupt nicht befaßt ist (§ 766). Im Falle zu 1 ist dasjenige Prozeßgericht zuständig, das über den in Frage stehenden Rechtsbehelf zu entscheiden hat.

§ 110. I. Zwangsvollstreckung auf Herausgabe von Sachen.

Lautet der vollstreckbare Schuldtitel auf Herausgabe bestimmter oder auf Leistung zur Zeit noch nicht bestimmter Sachen, so hat der Gerichtsvollzieher sich zwangsweise in den Besitz der zu gewährenden Sache zu setzen und dann diese Sache dem Gläubiger zu übergeben (§§ 883, 884). Er handelt

Digitized by Google

dabei an Stelle des Schuldners: die Uebergabe der Sache vom Gerichtsvollzieher an den Gläubiger hat daher dieselbe privatrechtliche Wirkung, welche die Uebergabe der Sache durch den Schuldner gehabt haben würde, also in jedem Falle einen Besitzerwerb. Wo mit dem Besitzerwerbe ein Rechtserwerb verbunden sein und zur Begründung dieses der Schuldner eine Willenserklärung abgeben soll, wird diese durch das Urtheil ersetzt, so daß auch in diesen Fällen mit der Wegnahme der Sache das Recht begründet ist. Der Gläubiger erwirbt demnach das betreffende Recht auch vom Nichtberechtigten, wenn die Voraussetzungen hierzu vorliegen (vergl. §§ 929, 932, 935, 1032, 1205, 1207 BGB, 897, 898 CPO).

Zu unterscheiden sind folgende Fälle:

1. Herausgabe einer bestimmten beweglichen Sache oder einer Quantität bestimmter beweglicher Sachen, z. B. 50 Flaschen des im Keller des Beklagten befindlichen Aßmannshäuser Rothweins. Wird die Sache nicht vorgefunden, so hat der Schuldner auf Antrag des Gläubigers den Offenbarungseid zu leisten,

daß er die Sache nicht besitze, auch nicht wisse, wo sie sich befinde[1]).

Wird der Eid in dieser negativen Form geleistet, so ist die Zwangsvollstreckung beendet, es sei denn, daß im Urtheile für den Fall der Nichtherausgabe eine Geldzahlungsverpflichtung ausgesprochen wäre (z. B. der Beklagte wird verurtheilt, dem Kläger die 100 ihm übersandten mit O. S. gezeichneten Säcke herauszugeben, eventuell[2]) an Kläger 150 Mark zu zahlen).

2. Herausgabe einer bestimmten Quantität vertretbarer Sachen. Hier kann der Offenbarungseid nicht verlangt werden, da er keinen Sinn haben würde. Die Zwangsvollstreckung ist demnach, wenn nicht ein Geldanspruch substituirt ist, beendet, und es kann sich nur fragen, ob der Gläubiger in einem neuen Prozesse den Anspruch auf das Interesse geltend machen kann (vergl. §§ 887 Abs. 3, 893).

3. Die Herausgabe, Ueberlassung oder Räumung einer unbeweglichen Sache oder eines bewohnten Schiffes.

---

[1]) Die Fassung kann nach Lage der Sache geändert werden.

[2]) Nicht „oder", denn im letzteren Falle wäre eine alternative Verpflichtung ausgesprochen (Vgl. Stölzel: Schulung etc. 1. Aufl. S. 341 ff).

Digitized by Google

In allen diesen Fällen (§§ 883—885) hängt die Durchführbarkeit der Zwangsvollstreckung davon ab, daß sich der Schuldner im Besitze der herauszugebenden Sache befindet. Ist ein Dritter, d. h. ein solcher, gegen den der Schuldtitel nicht unmittelbar vollstreckbar ist, im Besitze der Sache, und ist der Dritte nicht zur Herausgabe bereit, so bleibt dem Gläubiger nur die Pfändung und Ueberweisung des dem Schuldner gegen den Dritten etwa zustehenden Herausgabeanspruches übrig (§ 886).

§ 111. II. Die Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Handlungen oder Unterlassungen.

Das deutsche Recht hat den Grundsatz der Naturalerfüllung: es löst eine Verpflichtung zum Thun oder zum Nichtthun nicht in eine Geldverpflichtung auf, sondern gebietet im Gegensatze zum römischen Rechte, das nur die Geldkondemnation kannte, eine genau dem Anspruche gerecht werdende Verurtheilung und im Gegensatze zu einzelnen modernen Prozeßgesetzen auch einen dem Inhalte des Urtheils entsprechenden Zwang. Aber unsere Zwangsmittel sind beschränkt, die Tortur, die Friedloslegung, die Verbannung entsprechen nicht mehr den heutigen Anschauungen von persönlicher Freiheit, und auch die Freiheitsentziehung kommt nur in beschränktem Maße zur Anwendung.

A. Die Handlung, welche den Gegenstand des Anspruchs bildet, kann eine vertretbare oder eine unvertretbare sein.

1. Eine vertretbare Handlung ist eine solche, die von einem Dritten vorgenommen werden kann, die also den Anspruch des Gläubigers auch dann voll befriedigt, wenn sie von einem Dritten vorgenommen wird. Das Zwangsmittel besteht demnach darin, daß der Gläubiger selbst oder ein Dritter die Handlung vornimmt und der Schuldner die Kosten dieser Ersatzthätigkeit bezahlt. Der Gläubiger darf aber die Handlung nicht eigenmächtig bewirken, sondern er muß vom Gerichte zur Ersatzvornahme ermächtigt sein. Darin liegt zugleich eine Nöthigung, dem Schuldner Gelegenheit zum Selbsthandeln zu geben. Denn die Ermächtigung ist eine vom Prozeßgericht erster Instanz erlassene Zwangsmaßregel (§ 887), welche nur nach vorheriger Anhörung des Schuldners (§ 891) angeordnet werden darf. Der Gläubiger kann die gleichzeitige Verurtheilung des Schuldners

Digitized by Google

zur Vorauszahlung der Kosten beantragen, er kann aber diese Verurtheilung auch erst nach geschehener Ersatzleistung herbeiführen; sie erfolgt in jedem Falle durch einen der sofortigen Beschwerde ausgesetzten (§ 793), also nach Eintritt der Rechtskraft vollstreckbaren Beschluß (§§ 891, 794 Nr. 3).

Eine vertretbare Handlung wird z. B. verlangt, wenn der Anspruch auf Leistung einer Sicherheit (RG 13, 339) gerichtet ist, denn die Sicherheit kann vom Gläubiger geleistet, ihr Geldwerth vom Schuldner eingezogen werden; ferner wenn der Anspruch auf Beschaffung von Urkunden gerichtet ist, welche zur Löschung einer Hypothek erforderlich sind (RG 24, 364); wenn die Zuschüttung eines Grabens, die Niederlegung einer Mauer verlangt wird.

2. Eine unvertretbare Handlung ist eine solche, die von einem Dritten nicht vorgenommen werden kann, zu deren Vornahme es also unbedingt der Thätigkeit des Schuldners bedarf. Unter diesen Handlungen werden vom Gesetze wieder unterschieden:

aa) diejenigen, die ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängen;

bb) diejenigen, zu deren Vornahme es der Mitwirkung eines Dritten bedarf. Die letzteren wie z. B. ein Vertragsschluß zwischen dem Schuldner und einem Dritten sind unerzwingbar (RG 31, 412). Ist also die dem Schuldner obliegende Leistung nicht etwa unmöglich, so bleibt dem Gläubiger nur der in besonderem Prozesse zu verfolgende Anspruch auf das Interesse (§ 893).

Aus den unter aa gehörigen, an sich unvertretbaren Handlungen scheiden aber wiederum diejenigen aus, die um deswillen unerzwingbar sind, weil sie nach unseren ethischen Anschauungen nur als freie Willensentschlüsse überhaupt keinen Werth haben. Diesem Gedanken folgend, erklärt das Gesetz (§ 888 Abs. 2) die Verpflichtung zur Herstellung des ehelichen Lebens und die durch einen Dienstvertrag begründete Pflicht zur Leistung von Diensten für unerzwingbar. Dasselbe muß aber bei den auf Herstellung eines freien Geisteserzeugnisses gerichteten Verpflichtungen gelten (RG 39, 420).

In den hiernach der Zwangsvollstreckung zugänglichen Fällen steht dem Gläubiger als einziges Zwangsmittel die Einwirkung auf den Willen des Schuldners zu Gebote:

Digitized by Google

der sog. Beugezwang. Dieser wird ausgeübt durch eine Strafdrohung, die das Gericht auf Antrag des Gläubigers an den Schuldner richtet und in welcher es erklärt, daß der Schuldner durch Geldstrafen (im Gesammtbetrage nicht über 1500 Mark) oder durch Haft (höchstens 6 Monate) zur Vornahme der Handlung werde angehalten werden. Es kann von Geldstrafe zu Haft und von Haft zu Geldstrafe übergegangen werden (RG 7, 358). Da die Androhung selbst ein Zwangsmittel ist, enthält ihr Ausspruch eine Maßregel der Zwangsvollstreckung (wichtig wegen § 750). Die Verwirklichung der Drohung aber hat die Natur einer durch den Ungehorsam gegen den richterlichen Befehl verwirkten Strafe, die Strafdrohung theilt also die Natur des allgemeinen Strafgesetzes. Trotzdem bleibt die Strafdrohung ein dem Gläubiger zur Verfügung gestelltes Zwangsmittel, seine Bethätigung bleibt daher von dem privaten Rechtsschutzinteresse und daher von der Verfügungsgewalt des Gläubigers abhängig. Daher setzt die Festsetzung der Strafe einen erneuten Antrag des Gläubigers voraus, und auch die Beitreibung der (an die Staatskasse zu zahlenden) Geldstrafe oder die Vollstreckung der Haftstrafe geschieht auf Betreiben des Gläubigers. Jede Straffestsetzung enthält zugleich eine neue, greifbare Drohung.

B. Geht der vollstreckbare Anspruch auf ein Nichtthun oder ein Dulden, (§ 890) so ist es Sache der Zwangsgewalt, ein entgegenstehendes Thun zu verhindern. Da es nicht angängig ist, dem Schuldner ein Zuwiderhandeln unmöglich zu machen, so kann auch hier nur auf seinen Willen eingewirkt werden. Diese Wirkung wird ausgeübt durch Entfesselung der staatlichen Strafgewalt. Die Bestrafung aber setzt ein Strafgesetz d. h. eine Strafandrohung voraus. Ist eine solche Drohung nicht schon im Urtheil enthalten, so muß sie auf Antrag des Gläubigers im Zwangsvollstreckungsverfahren ausgesprochen werden. Im letzteren Falle enthält sie einen Vollstreckungsakt. Die Strafe für jeden einzelnen Zuwiderhandlungsfall darf 1500 Mark oder sechs Monate Haft nicht überschreiten und im Ganzen nicht über zwei Jahre Haft hinausgehen.

Ueber die rechtliche Natur dieses Zwangsmittels gilt das oben unter A 2 Gesagte.

In allen hier genannten Fällen ist das Prozeßgericht erster Instanz Vollstreckungsorgan, weil bei diesem das beste

Digitized by Google

Verständniß für die Interessen der Parteien zu erwarten ist. Sie richtig abzuwägen, kommt das Gericht bei Bemessung der Höhe einer angedrohten Strafe, insbesondere aber auch dann in die Lage, wenn der Schuldner Einwendungen erhebt. Liegt, was z. B. bei der Pflicht zur Rechnungslegung häufig zweifelhaft ist, in seinem Einwande die Erklärung, er habe das, was man von ihm bei richtiger Auslegung des Urtheils verlangen könne, gethan, so behauptet er die Tilgung des klägerischen Anspruches und muß auf den Weg der Vollstreckungsgegenklage verwiesen werden (§ 767): wendet er sich nur gegen die Anwendung des Zwanges, z. B. weil er noch nicht genügend Zeit gehabt habe, der Verpflichtung zu genügen, so ist über seinen Einwand im Exekutionsverfahren d. h. hier vom Prozeßgericht, zu entscheiden (§ 766).

In allen Fällen, in welchen ein Zwang nicht ausgeübt werden kann oder wo er erfolglos bleibt, kann der Kläger nur sein Interesse beanspruchen, wenn ihm ein solcher Anspruch nach dem bürgerlichen Rechte zusteht (z. B. §§ 276, 283, 286 BGB). Für diese Klage ist das Prozeßgericht erster Instanz ausschließlich zuständig (§§ 893, 802).

§ 112. III. Erwirkung von Willenserklärungen.

Für den Fall, daß das Urtheil dem Schuldner die Abgabe einer Willenserklärung auferlegt, stellt das Gesetz (§ 894) die Fiktion auf, daß die Willenserklärung als abgegeben „gilt", sobald das Urtheil die Rechtskraft erlangt hat. Da aber ein Willensentschluß und folglich eine Willenserklärung nicht ersetzt werden kann, so wird durch das Urtheil in Wahrheit nicht die Erklärung hergestellt, sondern es ist dem Urtheile die Wirkung beigelegt, welche die Willenserklärung gehabt haben würde. Jedoch nur dann, wenn der Gläubiger von dem Urtheile Gebrauch macht, denn in der Verwerthung des Urtheils liegt hier die Ausübung direkten Zwanges.

Jene Wirkung kann nur das rechtskräftige Urtheil haben; ein vorläufig vollstreckbares Urtheil berechtigt nur zur Eintragung einer Vormerkung, wenn das rechtskräftige Urtheil zu einer endgültigen Eintragung berechtigen würde (§ 895).

Ist die Willenserklärung von einer Gegenleistung abhängig gemacht, so ist sie abgegeben erst mit Ertheilung der vollstreckbaren Ausfertigung, diese kann aber erst ertheilt

Digitized by Google

werden, nachdem der urkundliche Beweis erbracht ist, daß die Gegenleistung geschehen oder der Schuldner in Annahmeverzug versetzt ist (§§ 894, 726). Andernfalls würde dem Gläubiger die Möglichkeit gewährt, die ihm gebührende Leistung einzuheimsen, sich der ihm obliegenden Gegenleistung aber zu entziehen.

IV. Die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen.

§ 113. Die Vermögenshaftung des Schuldners.

Ist der vollstreckbare Anspruch auf Zahlung einer Geldsumme gerichtet, so besteht die Aufgabe der Staatsgewalt darin, dem Gläubiger die Geldsumme aus dem Vermögen des Schuldners zu beschaffen. Dies kann nur entweder in der Weise geschehen, daß dem Schuldner der bei ihm vorgefundene Geldbetrag weggenommen und dem Gläubiger zugeführt (§§ 808, 815), oder daß ein anderer, zum Vermögen des Schuldners gehöriger Gegenstand genommen und verwerthet und der Erlös an den Gläubiger gezahlt wird.

Zahlt der Schuldner freiwillig, so kommt es für den Gläubiger nicht darauf an, in welcher Weise der Schuldner sich die erforderlichen Geldmittel beschafft hat, denn auch wenn er das Geld entliehen oder einen Vermögensgegenstand zu Gelde gemacht hat, den er ohne die Schädigung der Rechte Dritter nicht hätte veräußern dürfen, so ist doch das erworbene Geld Eigenthum des Schuldners geworden, der Gläubiger also aus dem Vermögen des Schuldners befriedigt worden. Ist aber der Gläubiger beim Ausbleiben freiwilliger Leistung genöthigt, *selbst* einen Eingriff in das Vermögen des Schuldners vorzunehmen, so setzt er sich an die *Stelle* des Schuldners und darf daher nur diejenigen Vermögensgegenstände zu seiner Befriedigung verwerthen, die der Schuldner zum Zwecke der Tilgung *dieser* Schuld verwenden durfte. Diese Gegenstände „*haften*" für die Schuld: unter Haftung eines Vermögensgegenstandes oder eines ganzen Vermögens versteht man daher die rechtliche Möglichkeit, diesen Gegenstand oder dieses Vermögen zum Zwecke der Tilgung eines Geldanspruches zu verwerthen.

Deshalb ist die dingliche Haftung verschieden von der persönlichen. Da wir nicht mehr Pfandrechte am ganzen

Digitized by Google

Vermögen haben, besteht die dingliche Haftung darin, daß zur Befriedigung des Gläubigers nur derjenige Gegenstand ergriffen werden darf, an welchem das dingliche Recht des Gläubigers besteht (§§ 1105, 1113, 1118, 1120—1127, 1191, 1199, 1204, 1210, 1212 BGB). Das BGB verweist deshalb in den Fällen dinglicher Haftung den Berechtigten wegen seiner Geldforderung auf Befriedigung aus dem verhafteten Gegenstande. Der Schuldtitel muß diese dingliche Haftung zum Ausdrucke bringen (z. B. „der Beklagte wird verurtheilt, zur Vermeidung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück Nr. . . . 5000 Mark an den Kläger zu zahlen").

Die persönliche Haftung besteht darin, daß das gesammte — gegenwärtige und zukünftige — Vermögen des Schuldners zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers verwerthet werden darf. Es giebt aber trotz persönlicher Haftung Haftungsbeschränkungen, nicht auf einzelne bestimmte Gegenstände, denn damit würde eine dingliche Obligirung herbeigeführt, sondern auf einen bestimmt begrenzten Theil des schuldnerischen Vermögens. Diese Begrenzung besteht entweder darin, daß vom Schuldner nicht mehr als eine bestimmte Summe beigetrieben werden darf oder darin, daß nicht andere als zu jenem Vermögenskreise gehörige Gegenstände verwerthet werden dürfen.

Eine Haftung der ersteren Art greift Platz bei der Kommanditgesellschaft zu Gunsten der Kommanditisten, bei der stillen Gesellschaft zu Gunsten des stillen Gesellschafters, bei der Aktiengesellschaft, der Genossenschaft mit beschränkter Haftung und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Hier ist die Haftungsgrenze eine Verlustgrenze. Hat daher der beschränkt haftende Gesellschafter die Einlage, den Aktienbetrag, die Geldsumme an die Gesellschaft gezahlt, so ist er seiner Verpflichtung ledig (§§ 171, 211, 320 HGB) und kann gegen die Zwangsvollstreckung die Vollstreckungsgegenklage erheben (§ 767 CPO). Falls dagegen die Einlage noch aussteht, haftet der Schuldner mit seinem ganzen Vermögen, bis die Einlage gedeckt ist.

Eine Haftungsbeschränkung der zweiten Art besteht

a) für denjenigen Erben, welcher gegenüber den Nachlaßgläubigern beschränkt haftet[1]). So lange nämlich der

[1]) Mein bürgerliches Recht Deutschlands. 2. Aufl. 1900, S. 797 ff.

Digitized by Google

Erbe die Erbschaft nicht angenommen hat, bildet der Nachlaß eine von dem Vermögen des Erben gesonderte Masse; daher haftet für die Nachlaßschulden nur der Nachlaß, für die eigenen Schulden des Erben nur dessen Vermögen. Ist aber durch die Annahme der Erbschaft endgültig entschieden, daß der Nachlaß Bestandtheil des Vermögens des Erben geworden ist (§ 1943 BGB), so können sowohl Nachlaßschulden als eigene Schulden des Erben gegen das nunmehr erweiterte Vermögen des Erben beigetrieben werden (§ 778 CPO). Die Haftung für die Nachlaßschulden kann aber aus einer an sich unbeschränkten zu einer beschränkten werden. Ist das geschehen, so können die Nachlaßgläubiger Befriedigung nur aus den Nachlaßgegenständen erlangen.

Wird nun das Urtheil gegen den Erben des Schuldners erlassen, so kann von der Geltendmachung der beschränkten Haftung überhaupt nur dann die Rede sein, wenn dem Beklagten die Haftungsbeschränkung im Urtheile vorbehalten ist (§ 780 Abs. 1). Der Vorbehalt muß seinen Platz in der Urtheilsformel finden, er setzt eine Prüfung der Frage, ob der Beklagte in der That nur beschränkt haftet, nicht voraus. War das Urtheil gegen den Erblasser ergangen, so kann natürlich von einem Vorbehalt im Urtheile keine Rede sein. In jedem Falle kann die Zwangsvollstreckung gegen den Erben zunächst ohne Rücksicht auf die etwaige Haftungsbeschränkung vorgenommen werden. Wird dabei ein Gegenstand ergriffen, der nicht zum Nachlasse gehört, so bleibt dem Erben nur der Schutz der Vollstreckungsgegenklage (§§ 781, 785) und damit allerdings das Recht, die vorläufige Einstellung der Exekution zu beantragen (§§ 769, 770). Zur Begründung der Klage gehört aber nicht nur der Beweis, daß der ergriffene Gegenstand nicht zum Nachlasse gehört, sondern auch der fernere Beweis, daß die Haftung des jetzigen Klägers eine beschränkte ist. Damit wird dem Vollstreckungsorgane die Prüfung dieser nicht immer einfachen Frage entzogen und dafür die Garantie kontradiktorischer Verhandlung gewährt. Ist die Klage begründet, so wird durch Urtheil die Zwangsvollstreckung in diesen Gegenstand für unzulässig erklärt.

b) Eine Haftschranke besteht ferner für den überlebenden Ehegatten, der für die Gesammtgutsverbindlichkeiten der fortgesetzten Gütergemeinschaft nur in Folge des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft persönlich haftet

Digitized by Google

(§ 1489 BGB, 786 CPO). Dieser kann eine Haftungsbeschränkung herbeiführen wie ein Erbe und alsdann dem Zugriffe der Gläubiger in sein eigenes Vermögen widersprechen;

c) für denjenigen, der durch Vertrag das Vermögen eines Anderen übernimmt und deshalb (§ 419 BGB § 786 CPO) für die Schulden des Veräußerers mit dem übernommenen Vermögen haftet. Er kann die Befriedigung des Gläubigers insoweit verweigern, als das Vermögen nicht ausreicht, muß aber dieses Vermögen zum Zwecke der Zwangsvollstreckung herausgeben[1]);

d) für den Ehegatten, welcher nach Beendigung der allgemeinen Gütergemeinschaft für die vor der Theilung nicht berichtigten Gesammtgutsverbindlichkeiten persönlich, aber nur mit den ihm zugetheilten Gegenständen haftet (§§ 1480, 1990 BGB, 786 CPO);

e) für die antheilsberechtigten Abkömmlinge, welche aus dem zu d angeführten Grunde persönlich, aber nur mit den ihnen zugetheilten Gegenständen haften (§§ 1504, 1990 BGB, 786 CPO);

f) für den Vermächtnißnehmer, der mit einem Vermächtniß oder einer Auflage beschwert ist und die Erfüllung insoweit verweigern kann, als das, was er aus dem Vermächtniß erhält, zur Erfüllung nicht ausreicht (§§ 2187, 1992 BGB, 786 CPO).

Wer dinglich und persönlich haftet, muß sich gefallen lassen, daß die persönliche Haftung geltend gemacht, d. h. im Wege der Zwangsvollstreckung eine andere Sache ergriffen wird als die dinglich belastete. Anders, wenn der Gläubiger eine bewegliche Sache, an welcher ihm für die vollstreckbare Forderung ein Pfand- oder Zurückbehaltungsrecht zusteht, im Besitz hat. In diesem Falle hat der Schuldner das beneficium excussionis realis, indem er gegen die Zwangsvollstreckung in eine andere Sache, also gegen die Geltendmachung der persönlichen Haftung, im Wege der Erinnerung Widerspruch erheben (§ 766) und also den Gläubiger auf sein dingliches Recht verweisen kann (§ 777).

Grundsätzlich kann der Gläubiger Befriedigung nur aus den dem Schuldner gehörenden und seiner Verfügung unterliegenden Vermögensgegenständen erlangen. Werden

[1]) Mein bürgerliches Recht. 2. Aufl. 1900, S. 802. Jäger a. a. O. S. 6, 7.

Digitized by Google

Vermögensobjekte Dritter oder solche Gegenstände, auf die ein Dritter ein die Veräußerung hinderndes Recht hat, ergriffen (§§ 771—774), so kann die Durchführung der Exekution gehindert und dem Gläubiger das, was er durch die Zwangsvollstreckung erlangt hat, wieder abgenommen werden. Denn da er kein Recht darauf hat, aus den Mitteln eines Andern befriedigt zu werden, ist er durch die Verwendung fremder Mittel grundlos bereichert[1]).

Ausnahmsweise kann der Gläubiger Befriedigung aus fremdem Vermögen erlangen, wenn das fremde Vermögensobjekt früher dem Schuldner gehört hatte und die Veräußerung im Wege der Anfechtungsklage dem Gläubiger gegenüber für unwirksam erklärt worden ist. Die Anfechtung (§§ 29—42 KO, Ges vom 21. Juli 1879)[2]), welche eine Gläubigerverkürzung rügt und einen Eingriff in ein zwischen anderen Personen geschlossenes Rechtsgeschäft enthält, macht im Gegensatze zu derjenigen Anfechtung, welche einen Willensmangel rügt und sich gegen ein vom Anfechtenden selbst geschlossenes Rechtsgeschäft richtet (§ 142 BGB), die angefochtene Rechtshandlung, d. i. die Veräußerung, nicht nichtig, sondern beseitigt nur ihre Wirkungen gegenüber demjenigen Gläubiger, der aus dem vorhandenen Vermögen des Schuldners seine Befriedigung nicht finden kann (also im Falle des Konkurses des Schuldners gegenüber allen, welche aus der Masse Befriedigung suchen). Die Folge ist also nicht die, daß das weggegebene Vermögensstück zuerst an den Schuldner zurückgegeben, und dann vom Gläubiger ergriffen, sondern daß die Zwangsvollstreckung unmittelbar in das im Eigenthum des Dritten verbleibende Vermögensstück bewirkt wird.

Um den also regelmäßig unzulässigen Zugriff in fremdes Vermögen zu verhindern, hat die neueste Gesetzgebung eine Reihe von Bestimmungen gegeben, welche den Vollstreckungsorganen in Fällen möglichen Zweifels zeigen, welches Vermögen für die in diesem Schuldtitel festgestellte Schuld haftet. Danach genügt (im Anschluß an § 50 CPO) zur Vollstreckung in das Vermögen eines nicht rechtsfähigen Vereins ein gegen den Verein als solchen erlassenes Urtheil

---

[1]) A. M. die bekannte Entsch. des RG 13, 182 gegen die auch hier vertretene herrschende Meinung.

[2]) Mein bürgerliches Recht. 2. Aufl. 1900, S. 452 ff.

Digitized by Google

(§ 735). Zur Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (§ 705 BGB) ist ein gegen alle Gesellschafter ergangenes Urtheil erforderlich (§ 736 CPO), denn die Schuld der Gesellschaft ist in Wahrheit eine Gesammtschuld aller Gesellschafter (§§ 427, 431 BGB). Dagegen genügt zur Zwangsvollstreckung in das Vermögen einer offenen Handelsgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft ein gegen die Gesellschaft gerichteter Schuldtitel (§ 124, 161 HGB), weil diese Gesellschaften unter ihrer Firma verklagt werden können, die Firma aber nur das Gesellschaftsvermögen, nicht das Privatvermögen der einzelnen Mitglieder deckt.

Aus demselben Grunde verlangt das Gesetz da, wo die Zwangsvollstreckung in das für die Schuld haftende Vermögen das Recht eines Dritten verletzen könnte, einen gegen den Schuldner selbst auf Leistung, gegen den Dritten auf Duldung der Zwangsvollstreckung gerichteten Schuldtitel, indem es so den Dritten in den Prozeß hineinzieht und ihm die Möglichkeit gewährt, seine Einwendungen im Prozesse geltend zu machen. Solche Rechte Dritter sind der Nießbrauch (§ 1086 BGB) und die Rechte, welche bei dem Güterstande der Verwaltung und Nutznießung, der Errungenschaftsgemeinschaft oder der Fahrnißgemeinschaft dem Ehemanne an dem eingebrachten Gute der Frau zustehen (§§ 737—739 CPO, 1400 BGB). Daher bedarf es zur Vollstreckung in dieses Vermögen der Verurtheilung der Frau zur Leistung, der des Mannes zur Duldung der Exekution, während zur Vollstreckung in das Gesammtgut ein gegen den Mann oder bei fortgesetzter Gütergemeinschaft ein gegen den überlebenden Ehegatten lautendes Urtheil erforderlich und ausreichend ist (§§ 740, 745 CPO, 1443, 1487, 1557 BGB). Dem elterlichen Nutznießungsrecht ist der Schutz entzogen (§ 1659 BGB, § 746 CPO).

Zur Zwangsvollstreckung in einen Nachlaß ist vor der Theilung ein gegen alle Erben lautendes Urtheil erforderlich, weil der Nachlaß nur der Verfügung aller Erben unterliegt (§§ 2032, 2033 BGB), und ist ein Testamentsvollstrecker vorhanden, so ist ein gegen diesen erlassenes Urtheil erforderlich und genügend, weil der Nachlaß zwar dem Erben gehört, aber der Verfügung des Testamentsvollstreckers unterliegt (§§ 2205, 2211 BGB, 747—749 CPO).

Digitized by Google

Welches Vermögensobjekt bei persönlicher Haftung zu ergreifen ist, hängt nach der CPO vom Willen des Gläubigers ab. Eine Rangordnung, wonach zuerst die Mobilien, zuletzt die Immobilien des Schuldners zu ergreifen wären, besteht nicht mehr.

1. Die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen[1]).

§ 114. Allgemeines.

1. Die CPO scheidet nicht zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen, sondern zwischen beweglichem und unbeweglichem Vermögen. Nach ihr ist bewegliches Vermögen alles das, was nicht vom Gesetz zum unbeweglichen Vermögen gezählt wird. Zum unbeweglichen Vermögen gehören aber nicht blos die Grundstücke, sondern auch diejenigen Berechtigungen, für welche die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften gelten (§ 1017 BGB, Art. 63, 67, 68, 182, 196 EG z. BGB), ferner die im Schiffsregister eingetragenen Schiffe (§ 864 CPO), ferner aber diejenigen beweglichen Sachen und Forderungen, auf welche sich bei Grundstücken und Berechtigungen die Hypothek, bei Schiffen das eingetragene Pfandrecht mit erstreckt (§§ 1120 bis 1130, 1265 BGB, 478 HGB). Zum beweglichen Vermögen gehören hiernach die nicht zum unbeweglichen Vermögen gerechneten beweglichen körperlichen Sachen, Forderungen und Rechte (§§ 808, 828, 857—863 CPO). Wird eine zum unbeweglichen Vermögen gehörige bewegliche Sache im Wege der Mobiliar-Zwangsvollstreckung gepfändet, so ist zu unterscheiden: ist sie Zubehör der unbeweglichen Sache, so ist die Pfändung nichtig, und es können gegen diese Zwangsvollstreckung sowohl der Eigenthümer als jeder Hypothekengläubiger Einwendungen erheben (§ 766); ist sie nicht Zubehör, so ist die Pfändung gültig, so lange nicht die Beschlagnahme im Wege der Immobiliarzwangsvollstreckung erfolgt ist (§ 865).

Früchte, die vom Boden noch nicht getrennt sind, können gepfändet werden, bevor sie im Wege der Immo-

[1]) Geschichtliches in der Einleitung des Kommentars zum preußischen Gesetz über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen von Krech und Fischer und in der lehrreichen Schrift von Fleischmann: Das pignus in causa judicati captum. 1896.

Digitized by Google

biliarzwangsvollstreckung in Beschlag genommen sind. Die Pfändung ist danach — wenn sie nicht früher als einen Monat vor der gewöhnlichen Zeit der Reife erfolgt — zwar gültig, es kann ihr aber von jedem im Falle der Immobiliarexekution vorgehenden Realgläubiger im Wege der Widerspruchsklage entgegengetreten werden. Ist bereits die Beschlagnahme erfolgt, so ist eine Pfändung nichtig (§§ 810, 771).

2. Das Ziel der Zwangsvollstreckung ist zwar die Zuführung des in dem ergriffenen Gegenstande enthaltenen Geldwerthes an den Gläubiger, aber dieses Ziel kann nur auf dem Wege erreicht werden, daß dem Schuldner zunächst die Verfügung über einen geldwerthen, der Exekution unterliegenden Gegenstand entzogen wird. Diese Verfügungsentziehung, welche bei der Immobiliarzwangsvollstreckung Beschlagnahme heißt (§ 20 ZwstG), ist bei der Mobiliarexekution die Pfändung. Sie wird bei den verschiedenen Vermögensgegenständen in verschiedener Weise ausgeführt, bewirkt aber in jedem Falle ein Pfandrecht an dem gepfändeten Gegenstande (§§ 803, 804). Das Pfandrecht steht einem durch Vertrag begründeten gleich.

Der Rang mehrerer Pfändungspfandrechte oder eines Pfändungspfandrechtes im Verhältniß zu anderen Pfandrechten regelt sich nach dem Grundsatze: prior tempore potior jure (RG 25, 288). Das Pfändungspfandrecht geht aber, selbst wenn es später entstanden, denjenigen Pfand- und Vorzugsrechten vor, welche im Konkurse des Pfandschuldners den Faustpfandrechten nicht gleichstehen (vergl. § 49 KO), und es kann natürlich nur von rechtsgültig entstandenen älteren Pfandrechten, also wenn es sich um Sachen (§ 90 BGB) handelt, nur von einem durch Uebergabe begründeten vertragsmäßigen Pfandrechte verdrängt werden (§§ 1205, 1206 BGB). Der durch die Uebergabe entstandene Besitz giebt aber dem Pfandgläubiger die Befugniß, einer späteren Pfändung zu widersprechen. Ist dagegen der Gläubiger nicht im Besitze der Sache, was bei den gesetzlichen Pfandrechten der Fall sein kann (vergl. z. B. § 559 BGB), so muß er die Pfändung der Sache dulden, er kann sein bevorzugtes Pfandrecht nur am Erlöse und im Wege der Klage (a. hypothecaria) geltend machen (§ 805 CPO).

Digitized by Google

Diese der Pfändung beigelegte Rechtswirkung hat die Folge, daß der Erlös einer mehrmals für verschiedene Gläubiger gepfändeten Sache nicht nach Verhältniß, sondern nach der Rangordnung der Gläubiger vertheilt wird, daß die späteren Gläubiger also nur Anspruch auf den nach Befriedigung des vorgehenden Gläubigers verbleibenden Uebereest (hyperocha) haben; es kommt also darauf an, möglichst bald zu pfänden. Auch die im Wege der Arrestvollziehung erfolgende Pfändung begründet ein Pfandrecht (§ 930), und kommt es zum Konkurse des Schuldners, so hat der Pfändungspfandgläubiger die Vortheile des Rechts auf abgesonderte Befriedigung (§ 49 Nr. 2 KO).

§ 115. a. Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen.

Die Zwangsvollstreckung in Sachen erfolgt in der Weise, daß der Gerichtsvollzieher die Sache pfändet und alsdann versteigert und den dadurch erzielten Erlös an den Gläubiger abführt.

1. Die Pfändung der im „Gewahrsam" des Schuldners befindlichen Sachen besteht in der Besitzergreifung der Sache durch den Gerichtsvollzieher. Der Begriff des Gewahrsams deckt sich nicht vollständig mit dem Begriffe des Besitzes in § 854 BGB, sondern ist enger als jener, indem er nur die Möglichkeit unmittelbarer körperlicher Einwirkung auf die Sache bezeichnet, während Besitzer auch Derjenige ist, der nur mittels eines sogen. Dispositionspapieres über die Sache verfügen kann[1]). Die Aufrechterhaltung des Gewahrsambegriffes gegenüber dem nunmehr einheitlichen Besitzbegriffe spricht für diesen Gegensatz. Ist die Sache im Gewahrsam eines Dritten, so ist die Pfändung zulässig, wenn sie der Inhaber gestattet, gesetzwidrig und ungültig dagegen, wenn ihr der Dritte widerspricht. Der Inhaber kann die Ungültigkeit der Pfändung im Wege einer bloßen Erinnerung beim Vollstreckungsgericht (§ 766), und steht ihm zugleich ein die Veräußerung hinderndes Recht zu, auch im Wege der Widerspruchsklage (§ 771) geltend machen. Hat die Sache der Gläubiger z. B. als Verwahrer in Gewahrsam, so bedarf es gleichwohl der Pfändung, um die an diese geknüpften Wirkungen zu begründen (§ 809).

[1]) Mein bürgerliches Recht. 2. Aufl. 1900. S. 478.

Digitized by Google

Die Besitznahme erfolgt jedenfalls bei Geld, Kostbarkeiten und Werthpapieren, bei anderen Sachen dann, wenn dies im Interesse des Gläubigers liegt, in der Weise, daß der Gerichtsvollzieher dem Schuldner den Gewahrsam entzieht und die gepfändete Sache unter eigene Obhut nimmt. Andernfalls wird der Gewahrsam dem Schuldner belassen, der Besitz ihm aber dadurch entzogen, daß der Gerichtsvollzieher an oder bei der gepfändeten Sache ein sichtbares Zeichen anbringt (§ 808). Indem die CPO die Anlegung solcher Zeichen zur Vorbedingung macht für die Entstehung des Pfandrechts, befolgt sie den im heutigen Rechte maßgebenden Grundsatz von der Erkennbarkeit dinglicher Rechte: der Besitz muß in jedem Falle in einer für Dritte erkennbaren Weise ergriffen werden. Aber auch der Fortbestand des Pfandrechts ist von der Fortdauer des Besitzes abhängig. Daher geht es verloren, wenn der Gerichtsvollzieher den Besitz aufgiebt, also auch dann, wenn er die Zeichen entfernt. Beseitigt sie ein Unbefugter, so tritt zwar eine Störung, aber nicht der Verlust des Besitzes ein (RG 32, 420; 35, 336).

Der Besitz der Sache wird also in jedem Falle dem Schuldner genommen und dem Gläubiger übertragen. Bleibt dem Schuldner aber der Gewahrsam und mißbraucht er die Möglichkeit unmittelbarer Einwirkung durch Wegschaffung oder Vernichtung der Sache, so verfällt er öffentlicher Strafe (§ 137 StGB), aber nicht weil er damit in die Rechte des Gläubigers eingreift, sondern weil er ein staatliches Machtgebot mißachtet. Der Gläubiger wird dadurch gefährdet, daß der unter Bruch des Pfandsiegels geschehende Traditionsakt dem redlichen Erwerber freies Eigenthum giebt (§ 936). Redlichen Erwerb verhindert die Pfandmarke zwar häufig, aber nicht immer.

Der Gläubiger erwirbt durch den Gerichtsvollzieher unmittelbaren Besitz, aber der Schuldner bleibt mittelbarer Besitzer (§ 868 BGB).

Eine Reihe von Sachen ist kraft Gesetzes von der Pfändung ausgeschlossen (§ 811); es sollen dem Schuldner nicht die Sachen genommen werden, die zu seiner und seiner Familie Erhaltung nothwendig sind, daher auch nicht diejenigen, die er zur persönlichen Fortsetzung seines Berufes braucht (vergl. auch §§ 812, 813). Einen Gegenstand durch Vertrag mit dem Gläubiger von der Pfändung auszuschließen,

Digitized by Google

ist zulässig, aber die Verletzung des Vertrages kann nur im Wege der Erinnerung (§ 766) oder einer Klage auf Schadensersatz geltend gemacht werden. Andere Rechtsgeschäfte des Schuldners können jenen Erfolg nur dann haben, wenn der Schuldner sich selbst oder seinem Erben die Verfügung über die Sache entzieht, weil der Gläubiger an dem Vermögen des Schuldners nicht weitergehende Rechte geltend machen kann, als dieser selbst hat (vergl. §§ 772—774.)

2. Die Verwerthung der Sachen geschieht,

a) wenn Geld gepfändet ist, durch Ablieferung an den Gläubiger; soweit das Geld zur Deckung des Anspruches reicht, wird der Gläubiger befriedigt, aber schon die Wegnahme des Geldes durch den Gerichtsvollzieher „gilt" als Zahlung, d. h. es wird im Interesse des Gefahrsüberganges die mit diesem Zeitpunkte erfolgte Befriedigung des Gläubigers fingirt, von einer wirklichen Zahlung, also einem Vertrage von Gläubiger und Schuldner, ist keine Rede (§ 815). Uebrigens kann auch gepfändetes Geld im Wege der Widerspruchsklage abgestritten werden (§ 815 Abs. 2).

b) Andere Sachen werden vom Gerichtsvollzieher öffentlich versteigert (vergl. §§ 814—825). Dabei dürfen Gläubiger und Schuldner mitbieten (§ 816 Abs. 4 CPO, § 1239 BGB). Auf diese Versteigerung finden die über den Pfandverkauf gegebenen Bestimmungen Anwendung, daher geht auf den redlichen Erwerber Eigenthum über, auch wenn der Schuldner nicht Eigenthümer der gepfändeten Sache war (§§ 1242, 1244 BGB). Aber diese Versteigerung ist ein Akt der Staatsgewalt, nicht ein privatrechtlicher Kaufvertrag, daher sind Gewährleistungsansprüche des Erwerbers ausgeschlossen (§ 806 CPO). Der Erlös wird an den Gerichtsvollzieher gezahlt, und diese Zahlung „gilt" als eine an den Gläubiger geleistete Zahlung (§ 819), d. h. sie befreit den Schuldner, auch wenn der Gläubiger nicht in den Besitz des Geldes gelangt.

Inhaberpapiere werden wie Sachen gepfändet und versteigert. Haben sie einen Börsen- oder Marktpreis, so sind sie vom Gerichtsvollzieher zum Tageskurse aus freier Hand zu verkaufen (§ 822). Indossabele Papiere werden nicht wie Sachen behandelt: Gegenstand der Befriedigung ist die in ihnen verkörperte Forderung. Da aber der Schuldner in der Lage bliebe, mit einer Verfügung über das Papier auch über die Forderung zu verfügen, so kann die Pfändung

Digitized by Google

wirksam nur in der Weise vollzogen werden, daß der Gerichtsvollzieher dem Schuldner das Papier wegnimmt (§ 831), und daß dann der Pfändungsbeschluß durch das Vollstreckungsgericht erfolgt (RG 35, 375).

Das durch die Pfändung bereits gepfändeter Sachen begründete nachstehende Pfandrecht (§ 804) ist von praktischer Bedeutung sowohl dann, wenn der Erstpfändende anderweit befriedigt wird, als auch dann, wenn nach Deckung der ersten Forderung noch ein Theil des Erlöses übrig bleibt. Eine solche Pfändung wird dadurch bewirkt, daß der Gerichtsvollzieher in das Protokoll die Erklärung aufnimmt, daß er die Sachen für seinen Auftraggeber pfände (§ 826). Mehr als diese Erklärung wird zur Rechtsgültigkeit der Anschlußpfändung nicht gefordert, es bedarf also weder einer Wegnahme der Sachen, noch auch der Anlegung von Pfändungszeichen. Wenn die CPO verlangt, daß wenn die erste Pfändung durch einen anderen Gerichtsvollzieher bewirkt ist, diesem eine Abschrift jenes Protokolles zuzustellen und daß in jedem Falle der Schuldner von den weiteren Pfändungen in Kenntniß zu setzen „ist", so sind damit nur instruktionelle Weisungen für den Gerichtsvollzieher gegeben (RG 13, 345).

§ 116. b. Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte.

1. Die Vornahme der hier nothwendigen Zwangsmaßregeln liegt dem Vollstreckungsgerichte, d. i. demjenigen Amtsgericht ob, bei welchem der Schuldner im Deutschen Reiche seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, und in Ermangelung eines solchen demjenigen Amtsgerichte, bei welchem für Klagen gegen den Schuldner der Gerichtsstand des Vermögens begründet ist (§§ 828, 23 CPO s. oben S. 42). Handelt es sich um die Zwangsvollstreckung in eine Schiffspart, so ist das Amtsgericht, in dessen Bezirke sich der Heimathshafen oder Heimathsort des Schiffes befindet, Vollstreckungsgericht (§ 858).

2. Die Pfändung erfolgt stets mittels eines vom Vollstreckungsgericht erlassenen Beschlusses. Der Inhalt des Beschlusses ist aber je nach dem Vermögensrechte, das den Gegenstand der Pfändung bildet, verschieden.

a) Geldforderungen: der Beschluß verbietet dem Drittschuldner, d. i. dem Schuldner des Schuldners, zu

Digitized by Google

zahlen, und gebietet dem Schuldner, d. i. dem Gläubiger des Drittschuldners, sich jeder Verfügung über die Forderung zu enthalten, insbesondere sie nicht einzuziehen (§ 829). Dem Schuldner sind aber nur die dem betreibenden Gläubiger nachtheiligen Dispositionen untersagt. Da also der Drittschuldner durch die Pfändung nicht von der Schuld befreit wird, kann der Schuldner nur Hinterlegung verlangen, und der Drittschuldner kann gegen dieses Verlangen Einwendungen nicht erheben (RG 17, 292; 25, 427). Ist die Forderung eine verbriefte, so ergreift die Pfändung zwar auch die Urkunde (§ 952 BGB), aber die Aushändigung der Urkunde an den Gläubiger gehört nicht zur Gültigkeit der Pfändung (vergl. §§ 1274, 398, 402 BGB), es handle sich denn um eine Briefhypothek oder Briefgrundschuld; bei diesen gehört die Uebergabe des Briefes zur Perfektion der Pfändung (§ 830).

Die Pfändung tritt nicht mit dem Erlaß des Beschlusses, sondern erst mit der Zustellung dieses Beschlusses an den Drittschuldner ein, das Pfandrecht entsteht also erst mit diesem Zeitpunkte (§ 829 Abs. 3). Da aber die Zwangsvollstreckung mit dem Pfändungsbeschlusse beginnt, so muß dem Vollstreckungsgerichte die bereits geschehene Zustellung des Schuldtitels nachgewiesen werden (§ 750); wird diese Zustellung nachgeholt, so erlangt die Pfändung dem Schuldner gegenüber verbindliche Kraft, nicht auch gegenüber anderen Gläubigern desselben Schuldners (RG 25, 371).

Die Zustellung des Beschlusses geht in der Weise vor sich, daß er — der dem Gläubiger einfach ausgehändigt wird — von diesem zuerst dem Drittschuldner und alsdann mit einer Abschrift der hierbei aufgenommenen Zustellungsurkunde dem Schuldner zugestellt wird (§ 829 Abs. 2).

Aber auch die Zustellung des Pfändungsbeschlusses reicht nicht aus, die Pfändung zu bewirken, wenn es sich handelt

aa) um Hypothekenforderungen: bei Briefhypotheken gehört die Uebergabe des Briefes an den Gläubiger, bei Buchhypotheken die Eintragung der Pfändung in das Grundbuch zur Vollendung der Pfändung (§ 830 entsprechend den §§ 1274, 1154 BGB);

bb) um Forderungen aus Ordrepapieren; hier gehört die Wegnahme des Papieres durch den Gerichtsvollzieher zur Perfektion der Pfändung (§ 831).

Digitized by Google

In beiden Fällen ist der Gläubiger befugt, dem Schuldner das Papier durch den Gerichtsvollzieher wegnehmen zu lassen. Da diese Maßregel aber häufig nicht sofort ausführbar ist, und auch die Eintragung auf Schwierigkeiten stoßen kann, wird der Gläubiger dadurch gesichert, daß die etwa vor der Uebergabe des Briefes oder vor der Eintragung erfolgte Zustellung des Beschlusses an den Drittschuldner diesem gegenüber die Pfändung bewirkt (§ 830 Abs. 2). Wenngleich also der Schuldner die Hypothekenforderung noch abtreten oder verpfänden darf, so ist doch der Drittschuldner verhindert, zu zahlen.

Der Gläubiger ist zu einer sogen. Vorpfändung befugt. Diese besteht in einer Benachrichtigung des Schuldners und des Drittschuldners von der bevorstehenden Pfändung und in der damit verknüpften Aufforderung, nicht an den Schuldner zu zahlen, bezw. sich jeder Verfügung über die Forderung zu enthalten. Die Vorpfändung kann erfolgen, sobald ein vollstreckbarer Titel vorhanden ist, ohne Rücksicht darauf, ob er zugestellt oder eine vollstreckbare Ausfertigung ertheilt ist. Die Benachrichtigung geht unmittelbar vom Gläubiger aus, wird aber durch den Gerichtsvollzieher zugestellt. Die Vorpfändung ist im Interesse der Beschleunigung gestattet, sie hat daher nur die Wirkung eines Arrestes und verliert diese Wirkung wieder, wenn die Pfändung nicht innerhalb dreier Wochen nach der Benachrichtigung erfolgt (§ 845).

b) Wenn ein Anspruch auf Herausgabe einer beweglichen Sache gepfändet wird, so ist im Pfändungsbeschlusse anzuordnen, daß der Drittschuldner die Sache an einen vom Gläubiger zu beauftragenden Gerichtsvollzieher herausgebe. Die Sache wird dann so verwerthet, als wäre sie selbst gepfändet (§ 847). Ein Pfandrecht erlangt der Gläubiger nur an dem Anspruche, wird die Sache aber herausgegeben, so besteht dieses Pfandrecht jetzt an der Sache selbst (RG 13, 343, § 1287 BGB).

c) Wird ein Anspruch auf Herausgabe oder Leistung einer unbeweglichen Sache gepfändet, so hat der Pfändungsbeschluß auch die Anordnung zu enthalten, daß die Sache an einen auf Antrag des Gläubigers vom Amtsgerichte der belegenen Sache zu bestellenden Sequester herauszugeben sei. Ist der Besitz der Sache auf den Sequester übergegangen, so kann nunmehr die Zwangsvoll-

Digitized by Google

streckung in das unbewegliche Vermögen in derselben Weise erfolgen, als ob der Schuldner selbst die Sache im Besitze hätte (§ 848). Das Gesetz rechnet mit der Widerwilligkeit des Schuldners und setzt an seine Stelle den Sequester. Dieser ist also nicht Vertreter des Gläubigers, vielmehr muß man ihn als gesetzlichen Vertreter des Schuldners und als seine Aufgabe die Duldung der Zwangsvollstreckung und die Wahrung der Rechte des Schuldners (besonders § 766) bezeichnen. Hatte der Schuldner also nur Anspruch auf den Besitz des Grundstücks (z. B. als Miether), so wird eine Verwerthung der Sache für den Gläubiger nur in seltenen Fällen möglich sein (Weitervermiethung der Sache an Untermiether), hat der Schuldner das Recht, die Früchte des Grundstücks zu ziehen (z. B. als Pächter), so wird die Zwangsverwaltung eingeleitet und der Sequester zum Zwangsverwalter bestellt. Hatte der Schuldner aber Anspruch auf das Eigenthum des Grundstücks, so hat der Drittschuldner an den Sequester aufzulassen, und das Grundbuchamt hat den Schuldner als Eigenthümer einzutragen. Mit dem Eigenthumsübergange entsteht kraft Gesetzes und ohne Eintragung eine Sicherungshypothek für die beizutreibende Forderung an dem Grundstücke. Der Sequester hat die Eintragung dieser Hypothek zu bewilligen, damit der den Grundsätzen des modernen Hypothekenrechts widersprechende Zustand der Existenz einer nicht eingetragenen Hypothek nicht ohne Noth fortdauere. Der Gläubiger ist daneben aber auch befugt, die Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung des Grundstücks zu beantragen (§ 848 CPO, § 1287 BGB).

In allen diesen Fällen der Pfändung gegen Dritte gerichteter Ansprüche wird im Uebrigen so verfahren wie bei Pfändung von Geldforderungen (§ 846). Ergiebt sich aus den dem Vollstreckungsgerichte gegebenen Unterlagen die zweifellose Nichtexistenz des zu pfändenden Anspruches, so hat es die Pfändung abzulehnen, weil das Gericht nicht zwecklose oder gar gesetzwidrige Handlungen unterstützen darf. Im übrigen hat das Vollstreckungsgericht das Dasein des zu pfändenden Anspruches nicht zu prüfen, der Gläubiger handelt auf eigene Gefahr, seine bloße Behauptung, daß der Anspruch bestehe, muß dem Gerichte genügen; diesem steht nur die Befugniß zu, vom Gläubiger eine genaue Bezeichnung des Anspruchs zu verlangen. Das Vollstreckungs-

Digitized by Google

gericht ist auch gar nicht in der Lage, jene Prüfung vorzunehmen, eine Erinnerung des Schuldners (§ 766), daß ihm die gepfändete Forderung nicht zustehe, kann deshalb keine Berücksichtigung finden. Anders, wenn er erinnert, daß die Forderung der Pfändung nicht unterliege.

Ausgeschlossen von der Pfändung sind nämlich kraft Gesetzes:

aa) alle unübertragbaren Forderungen (§ 851 CPO, § 1274 Abs. 2 BGB). Aber wenn der Uebertragbarkeit nur der Umstand entgegensteht, daß die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung des Inhalts der Forderung erfolgen könnte oder daß ein pactum de non cedendo geschlossen ist (§ 399 BGB), so ist die Pfändung und die dem Gläubiger zu gewährende Erlaubniß, die Forderung an Stelle des Schuldners einzuziehen, möglich, falls der Gegenstand der Forderung der Pfändung zugänglich ist (§ 851);

bb) der Pflichttheilsanspruch, obwohl er (nach § 2317 Abs. 2 BGB) übertragbar ist;

cc) der Anspruch des Schenkers auf Rückgabe des Geschenkes, obwohl er nach allgemeinen Grundsätzen übertragbar ist,

weil sonst diese Ansprüche gegen den Willen des Berechtigten geltend gemacht werden könnten. Sie sind deshalb in dem Falle pfändbar, wenn sie durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig sind, weil hier der Wille des Berechtigten, den Anspruch geltend zu machen, bethätigt worden ist (§ 852);

dd) aus wirthschaftlichen Gründen eine ganze Reihe von Ansprüchen (§ 850), welche dem Schuldner zu seiner Erhaltung nothwendig sind. Hierher gehören insbesondere:

α) nach dem Gesetze v. 21. Juni 1869 und bezw. 29. März 1897, Art. III Ges. v. 17. Mai 1898 betr. die Beschlagnahme des Arbeits- oder Dienstlohnes die Vergütung für Arbeiten oder Dienste, welche auf Grund eines Arbeits- oder Dienstverhältnisses geleistet werden, falls dieses Verhältniß die Erwerbsthätigkeit des Vergütungsberechtigten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt; die Pfändbarkeit dieser Forderungen tritt erst ein, nachdem die Arbeit geleistet und der für die Zahlung der Vergütung maßgebende Fälligkeitstag abgelaufen ist, ohne daß die Vergütung gefordert worden wäre. Danach ist also rück-

Digitized by Google

ständiger Lohn pfändbar, weil er vermuthlich zur Erhaltung des Vergütungsberechtigten nicht nothwendig ist; ferner ist der den Betrag von 1500 Mark für das Jahr übersteigende Arbeitslohn pfändbar, und er unterliegt dem Zugriffe der Ehefrau, der Verwandten und auch der unehelichen Kinder des Vergütungsberechtigten wegen ihrer gesetzlichen Unterhaltsforderungen;

β) die auf gesetzlicher Bestimmung beruhenden Alimentenforderungen;

γ) die Unterhaltsforderungen der Hinterbliebenen widerrechtlich getödteter Personen (nach § 844 BGB);

δ) das Diensteinkommen der Offiziere, Militärärzte und Deckoffiziere, der Beamten, der Geistlichen, der Aerzte und Lehrer an öffentlichen Anstalten, sowie das Ruhegehalt dieser Personen. Uebersteigt das Diensteinkommen den Betrag von 1500 Mark für das Jahr, so ist der dritte Theil des Mehrbetrages pfändbar.

d) Für die Zwangsvollstreckung in andere Vermögensrechte gelten einige allgemeine Grundsätze.

Die Pfändung solcher Rechte erfolgt durch einen gerichtlichen Beschluß, und ist ein Drittschuldner nicht vorhanden, so genügt zur Pfändung ein an den Schuldner gerichtetes Verfügungsverbot (z. B. bei der Hypothek des Eigenthümers RG 9, 316). Unveräußerliche, aber der Ausübung nach übertragbare Rechte (Nießbrauch und beschränkte persönliche Dienstbarkeiten §§ 1059, 1092 BGB) können gepfändet und z. B. durch Anordnung einer Verwaltung verwerthet werden (§ 857).

Besondere Vorschriften gelten für die Pfändung von Schiffsparten (§ 858). Gemeinschaftsantheile unterliegen der Pfändung unter der Voraussetzung, daß der Theilhaber über den Antheil durch Rechtsgeschäft verfügen kann. Daher kann der Antheil eines Gesellschafters oder eines Miterben am Gesellschaftsvermögen oder dem Nachlasse, nicht aber sein Antheil an den einzelnen zu diesem Vermögen oder zu diesem Nachlasse gehörigen Gegenständen, gepfändet werden (§ 859 CPO, §§ 719, 725 BGB, 135 HGB, 2033 BGB). Deshalb sind ferner die Antheile der Ehegatten am Gesammtgute oder an den einzelnen zu diesem gehörenden Gegenständen (§ 860 CPO, §§ 1442, 1487, 1519, 1549, 1577 BGB), das Verwaltungs- und Nießbrauchsrecht des Ehemannes am eingebrachten Vermögen der

Digitized by Google

Frau (§ 861 CPO, § 1408 BGB), das Recht, das dem Inhaber der elterlichen Gewalt am Vermögen des Kindes zusteht (§ 862 CPO), unpfändbar. Dagegen unterliegen die Früchte, die auf Grund dieser Nutzungsrechte dem Berechtigten zufallen, da sie sein frei veräußerliches Eigenthum sind, der Pfändung (§§ 861, 862), sofern sie nicht zur Bestreitung der dem Berechtigten seinen Angehörigen gegenüber obliegenden Unterhaltspflicht erforderlich sind. Aehnliches gilt hinsichtlich der Nutzungen eines Nachlasses beim Vorhandensein eines Vorerben oder eines Testamentsvollstreckers (§ 863).

3. Die Verwerthung des gepfändeten Rechtes erfolgt grundsätzlich in der Weise, daß durch gerichtlichen Beschluß dem Gläubiger gestattet wird, das Recht zu eigenem Vortheil auszuüben, nur ausnahmsweise wird die Veräußerung des Rechts an einen Dritten bewirkt (§ 857). Den Regelfall bildet die gerichtliche Ueberweisung des gepfändeten Anspruchs an den Gläubiger, und zwar tritt dieser Regelfall überall da ein, wo ein bestimmter einzelner persönlicher Anspruch gepfändet ist (§§ 835, 849 in Verbindung mit § 857).

Die Ueberweisung erfolgt durch Beschluß des Vollstreckungsgerichts, sie kann mit der Pfändung verbunden werden, darf ihr aber nie vorangehen, denn sie hat eine gepfändete Forderung zur Voraussetzung (§ 835). Die Folge ist die, daß wenn die Pfändung unzulässig oder nicht in gehöriger Art und Weise erfolgt ist (vergl. z. B. § 831), auch die Ueberweisung wirkungslos sein muß. Gleichwohl ist jeder Ueberweisungsbeschluß für den Drittschuldner so lange bindend, bis er aufgehoben und die Aufhebung zur Kenntniß des Drittschuldners gelangt ist (§ 836 Abs. 2).

Die Ueberweisung erfolgt nach Wahl des Gläubigers entweder (§§ 835, 836)

a) an Zahlungsstatt d. h. so, als ob der Schuldner die ihm gegen den Drittschuldner zustehende Forderung dem Gläubiger zum Nennwerthe an Zahlungsstatt abgetreten hätte, so daß also der Gläubiger das Forderungsrecht erwirbt und insoweit befriedigt ist, als der Nennwerth der überwiesenen Forderung reicht;

b) zur Einziehung d. h. so, als ob der Schuldner dem Gläubiger die Ermächtigung ertheilt hätte, die Forderung einzuziehen und das auf diese Weise Erlangte für sich zu

Digitized by Google

behalten, so daß also der Schuldner das Forderungsrecht behält, der Gläubiger also nur etwa die Rechtsstellung des procurator in rem suam erlangt und nur so weit befriedigt wird, als der von ihm eingezogene Forderungsgegenstand reicht.

Die Ueberweisung an Zahlungsstatt ist also für den Gläubiger mit Gefahr verbunden, sie ist daher überaus selten und sogar gesetzlich unzulässig bei den auf Herausgabe oder Leistung einer körperlichen Sache gerichteten Ansprüchen (§§ 849, 846 im Gegensatze zu den Geldforderungen).

Die Zustellung des Ueberweisungsbeschlusses erfolgt in derselben Weise wie die des Pfändungsbeschlusses (§§ 835, 829 Abs. 2, 3). Diese Form reicht auch dann aus, wenn eine Briefhypothekenforderung (oder Briefgrundschuld) überwiesen wird, denn die Uebergabe des Briefes gehört schon zur Pfändung (§ 830 CPO, § 1154 BGB), der Gläubiger ist daher durch den Ueberweisungsbeschluß genügend legitimirt. Wird eine Buchhypothek an Zahlungsstatt überwiesen, so bedarf es der Eintragung der Ueberweisung, weil diese auch zur Vollendung der Cession gehört; wird die Buchhypothek zur Einziehung überwiesen, so ist die Eintragung unnöthig, weil nicht das Recht selbst übergeht. Steht dem Schuldner eine sogen. Höchstbetrags-Hypothek zu (§ 1190 BGB), so kann der Gläubiger die Pfändung und Ueberweisung der Hauptforderung ohne die Hypothek verlangen, weil auch die Abtretung in dieser Weise erfolgen kann (§ 837).

Der Gläubiger wird also durch die Ueberweisung in die Lage versetzt, gegen den Drittschuldner zu klagen. Um die Klage mit Sicherheit begründen und beweisen zu können, bedarf er zuweilen einer Auskunft des Schuldners und namentlich der Urkunde über die Forderung. Deshalb ist dem Schuldner die Pflicht zur Auskunftsertheilung und zur Herausgabe der Urkunde auferlegt, und der Ueberweisungsbeschluß bildet zugleich den vollstreckbaren Schuldtitel zur Erzwingung der Herausgabe (§ 836). Aber auch der Drittschuldner ist auf Verlangen des Gläubigers zu Erklärungen verpflichtet, welche der Rechtsverfolgung des Gläubigers dienen: er hat binnen zwei Wochen nach Zustellung des Pfändungsbeschlusses zu erklären, ob und inwieweit er die Forderung als begründet anerkenne und Zahlung zu leisten bereit sei, ob und welche Ansprüche andere Personen an die Forderung machen, ob

Digitized by Google

und wegen welcher Ansprüche die Forderung bereits für andere Gläubiger gepfändet sei. Kommt der Drittschuldner dieser Pflicht nicht nach, so haftet er für den Schaden (§ 840).

Endlich ist der Gläubiger, welcher die Forderung einklagt, verpflichtet, dem Schuldner den Streit zu verkünden (§ 841), ihn also zu seiner Unterstützung heranzuziehen.

4. Ist eine Forderung für mehrere Gläubiger gepfändet, so besteht für den Drittschuldner die Gefahr, daß er bei Prüfung der mehreren ihm zugestellten Beschlüsse zu einem unrichtigen Ergebniß gelangt, und für die Gläubiger die Gefahr, daß ein in Wahrheit Nichtberechtigter befriedigt wird. Daher hat der Drittschuldner das Recht und auf Verlangen eines Gläubigers die Pflicht, sich dadurch zu befreien, daß er eine geschuldete Geldsumme hinterlegt, eine geschuldete bewegliche Sache an einen hierzu ermächtigten Gerichtsvollzieher, eine geschuldete unbewegliche Sache an den vom Amtsgerichte der belegenen Sache zu bestellenden Sequester übergiebt und die Befriedigung der Gläubiger dem Vertheilungsverfahren überläßt. Die Geltendmachung jener Pflicht kann im Wege der Klage erfolgen (§§ 853—856).

§ 117. Das Vertheilungsverfahren.

Dieses Verfahren hat zur Voraussetzung (§ 872):

1) daß bei der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen ein Geldbetrag hinterlegt worden ist. Dieser Fall tritt ein,

a) wenn eine körperliche Sache von mehreren Gläubigern gepfändet worden ist und der Gerichtsvollzieher den Versteigerungserlös nicht an die pfändenden Gläubiger nach der Reihenfolge auszahlen kann. Zu dieser Auszahlung ist er dann befugt, wenn die sämmtlichen Gläubiger aus dem Erlöse befriedigt werden können oder wenn sie über die Reihenfolge ihrer Ansprüche einig sind; dagegen ist er zur Vertheilung nicht befugt, wenn der Erlös zur Deckung aller Forderungen nicht hinreicht und entweder die Pfändung für mehrere Gläubiger gleichzeitig erfolgt war oder ein späterer Pfändungsgläubiger gegen den Willen auch nur eines Gläubigers eine von der Reihenfolge der Pfändungen abweichende Reihenfolge in der Befriedigung begehrt (§ 827);

Digitized by Google

b) wenn ein Anspruch für mehrere Gläubiger gepfändet worden ist und der Drittschuldner den Schuldbetrag hinterlegt oder den körperlichen Gegenstand dem zuständigen Gerichtsvollzieher übergeben hat und nach Versteigerung dieses Gegenstandes der unter a erörterte Fall vorliegt (§§ 853, 854);

2) daß dieser Geldbetrag zur Befriedigung der betheiligten Gläubiger nicht hinreicht. Betheiligt aber sind alle Gläubiger, für welche ein Pfändungspfandrecht, sei es durch Zwangsvollstreckung oder Arrest (§ 930), entstanden war.

Das Vertheilungsverfahren ist demnach ein Theil des Verwerthungsverfahrens, es ist ein vom Vollstreckungsgerichte von Amtswegen einzuleitendes Verfahren und ähnelt, insofern es im Interesse gesetzmäßiger Vertheilung die Thätigkeit des Richters herbeizieht, dem Konkursverfahren.

Sobald also die vorgeschriebene, die Voraussetzungen der Hinterlegung (oben 1, a, b) erörternde Anzeige eingegangen ist (§§ 827, 853, 854) und das Gericht die Vorbedingungen des Vertheilungsverfahrens festgestellt hat, erläßt es an die betheiligten Gläubiger die Aufforderung, binnen zwei Wochen eine Berechnung ihrer Forderungen einzureichen. Nach Ablauf der Frist wird vom Gericht ein Theilungsplan aufgestellt, in welchem die Kosten des Verfahrens von der Masse vorweg in Abzug gebracht werden, der Rest der Masse, d. i. der hinterlegten Geldsumme und der davon aufgekommenen Zinsen, angegeben wird, die betheiligten Gläubiger bezeichnet und ihre Forderungen in der Reihenfolge angesetzt werden, welche das Gericht nach den ihm bisher gegebenen Unterlagen für die richtige hält. Er stellt sich als bloßer Vorschlag dar.

Dieser Theilungsplan bildet die Grundlage des weiteren Verfahrens. Daher wird nach Fertigstellung des Planes Termin zur Erklärung auf den Plan und zur Ausführung des Planes anberaumt (§ 874, 875). Die Ladung der betheiligten Gläubiger und des Schuldners erfolgt von Amtswegen.

a. Der Theilungsplan kommt in dem Termine zur Ausführung, d. h. die Masse wird nach dem Plane an die betheiligten Gläubiger ausgezahlt oder überwiesen, wenn dem Plane ein Widerspruch nicht entgegengesetzt oder wenn der Widerspruch zurückgenommen wird. Erfolgt eine Einigung

Digitized by Google

der Betheiligten über eine vom Plane abweichende Vertheilung, so wird der Plan nach diesem Abkommen berichtigt und ausgeführt. In allen diesen Fällen wird er aus einem Vorschlage zu einer Anordnung.

b. Für einen gegen den Theilungsplan zu richtenden Widerspruch bildet der Termin die äußerste Zeitgrenze. Jeder Gläubiger kann vor dem Termine schriftlich oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers oder im Termine mündlich Widerspruch erheben. Wer keins von beiden thut, hat nicht widersprochen und damit das Widerspruchsrecht verloren. Auf den Widerspruch hat sich jeder bei ihm betheiligte, d. h. jeder Gläubiger sofort zu erklären, dessen Befriedigung durch den Widerspruch — falls dieser begründet ist — vereitelt werden würde, und ist ein solcher Gläubiger im Termine nicht anwesend, so wird angenommen, daß er ihn nicht als begründet anerkenne.

Der Widerspruch hindert die Ausführung des Planes insoweit, als er durch ihn betroffen wird. Wenn also der Gläubiger Nr. 4 der Forderung des Gläubigers Nr. 1 widerspricht, so wird der für den Gläubiger Nr. 1 in Ansatz gebrachte Betrag nicht ausgezahlt, während die Gläubiger Nr. 2 und 3 die für sie angesetzten Beträge erhalten. Der Widerspruch kann sich gegen das Dasein und gegen den Rang einer Forderung richten. Das Vollstreckungsgericht kann aber als solches nicht über den Widerspruch entscheiden, die Entscheidung gebührt dem Prozeßgerichte, das der widersprechende Gläubiger im Wege der Klage anzurufen hat. Prozeßgericht ist je nach der Höhe des Streitgegenstandes das Amtsgericht, welches Vollstreckungsgericht ist, oder das Landgericht, in dessen Bezirke das Vertheilungsgericht seinen Sitz hat. Weist der widersprechende Gläubiger dem Vertheilungsgerichte nicht binnen einer Frist von einem Monate nach, daß er Klage erhoben habe, so wird der Plan ohne Rücksicht auf den Widerspruch ausgeführt. Gegenstand des Prozesses ist nicht etwa die Forderung des widersprechenden Gläubigers, sondern nur der von ihm erhobene Widerspruch, d. h. das Verlangen, daß die vom Widerspruche betroffene Forderung nicht oder nicht mit dem beanspruchten Vorrechte berücksichtigt werde. Die Folge ist, daß das Urtheil nicht die Forderung des Klägers bejaht oder verneint, sondern nur den Widerspruch für begründet oder unbegründet erklärt, daß ein gegen den Kläger erlassenes

Digitized by Google

Versäumnißurtheil nur den Widerspruch für zurückgenommen erklären kann und daß das dem Klageantrage stattgebende Urtheil entweder selbst die Auszahlung der streitigen Masse anordnen oder die Normen für einen anderweitigen Vertheilungsplan angeben muß (§ 878—882).

Mit der Versäumung des Widerspruchs geht auch nur das prozessualische Recht auf Aenderung des Theilungsplanes, nicht auch die etwaige privatrechtliche Befugniß auf Entziehung dessen, was ein Gläubiger nach dem Plane erhalten hat, verloren (§ 878 Abs. 2).

§ 118. Offenbarungseid und Haft.

Durch den Offenbarungseid versichert der Schwörende die Vollständigkeit der Angaben, die er über sein Wissen von den einen Andern interessirenden Vermögensgegenständen gemacht hat. Der Eid ist weder ein prozessualisches Beweismittel noch ein Verfügungsakt, sondern, ähnlich wie der Zeugeneid, ein Mittel, den Schwurpflichtigen zu gewissenhafter Angabe zu zwingen. Deshalb wird nicht die Richtigkeit, sondern die größte Gewissenhaftigkeit der Angabe beschworen, und der Eid liefert nicht den Beweis, daß andere Gegenstände nicht vorhanden sind, sondern er begründet nur die Annahme, daß jene Angaben vollständig seien.

Der Offenbarungseid des bürgerlichen Rechtes ist Gegenstand eines privatrechtlichen Anspruchs (§§ 259, 260, 2006, 2028, 2057 BGB). Ist daher der Beklagte zur Leistung des Offenbarungseides verurtheilt, so steht dem Kläger der Beugezwang zur Erwirkung einer unvertretbaren Handlung zu Gebote (§§ 889, 888 CPO). Die Eidesleistung erfolgt vor dem Prozeßgericht. In allen Fällen, in denen dieser Eid geleistet ist, bilden die Angaben des Schuldners die Grundlage für die Verfolgung eines weiteren privatrechtlichen Anspruches.

Der Offenbarungseid des Prozeßrechts ist Gegenstand eines prozeßrechtlichen Anspruches (§§ 807, 883), bildet nie den Gegenstand eines Urtheils, seine Anordnung ist vielmehr ein Zwangsmittel zur Durchführung eines auf eine andere Leistung gerichteten Anspruches und hat den Zweck, dem Gläubiger Befriedigungsmittel aufzuweisen zur Tilgung dieses Anspruches. Er wird daher vor dem Vollstreckungsgerichte geleistet. Die Voraussetzung dieses letzteren Eides bildet entweder

Digitized by Google

1) die Thatsache, daß die vom Schuldner herauszugebende bewegliche Sache vom Gerichtsvollzieher nicht vorgefunden wird; der Eid wird deshalb dahin geleistet, daß der Schuldner die Sache nicht besitze, auch nicht wisse, wo die Sache sich befinde (§ 883), oder

2) die Thatsache, daß die wegen einer Geldforderung bewirkte Pfändung beweglichen Vermögens zu einer vollständigen Befriedigung des Gläubigers nicht geführt habe oder voraussichtlich nicht führen werde. Diese Thatsache verpflichtet den Schuldner zur Vorlegung eines Vermögensverzeichnisses, und dieses wird durch den Eid bekräftigt, daß der Schuldner nach bestem Wissen sein Vermögen so vollständig angegeben habe, als er dazu im Stande sei (§ 807). Das Verzeichniß umfaßt das gesammte Vermögen des Schuldners, daher auch unbewegliche Sachen, und die Angabe betreffs der Forderungen erstreckt sich auch auf Grund und Beweismittel.

Vollstreckungsgericht ist in beiden Fällen dasjenige Amtsgericht, in dessen Bezirke der Schuldner im Deutschen Reiche seinen Wohnsitz oder in Ermangelung eines solchen seinen Aufenthaltsort hat (§ 899).

Liegt die unter 1 oder 2 angegebene Voraussetzung vor, so ladet der Gläubiger den Schuldner zur Leistung des Eides vor das Vollstreckungsgericht. In diesem Termine braucht der Gläubiger nicht zu erscheinen.

a) Wird in dem Termine das Vermögensverzeichniß vorgelegt und der Eid *geleistet*, so ist das Verfahren zu Ende. Sache des Gläubigers ist es, das oder jenes pfändbare Vermögensstück nach den für die Exekution in dieses maßgebenden Vorschriften zu ergreifen.

b) Wird der Eid nicht geleistet, so kann dies seinen Grund haben

aa) darin, daß der Schuldner die Verpflichtung zur Leistung des Eides bestreitet; in diesem Falle *muß* das Gericht, ohne daß es eines weiteren Antrages bedarf, über den Widerspruch entscheiden. Der Widerspruch kann in einem Mangel der Voraussetzungen der Exekution überhaupt oder dieser Maßregel insbesondere oder in dem Umstande seinen Grund haben, daß der Schuldner innerhalb der letzten 5 Jahre, wenngleich auf Antrag eines anderen Gläubigers, den Offenbarungseid geleistet und der Gläubiger nicht glaubhaft gemacht hat, daß der Schuldner später Vermögen erworben habe

Digitized by Google

(§§ 900, 903); die Entscheidung erfolgt durch Beschluß, die Eidesleistung kann also jedenfalls erst nach Eintritt der Rechtskraft des Beschlusses erfolgen;

bb) darin, daß der Schuldner nicht erscheint oder in dem Termine die Eidesleistung ohne Angabe eines Grundes verweigert; in diesem Falle hat das Gericht auf den vom Gläubiger gestellten Antrag, der vor oder nach dem Termine schriftlich, im Termine nur mündlich gestellt werden kann, zur Erzwingung der Eidesleistung die Haft anzuordnen. Zu diesem Zwecke erläßt das Gericht einen Haftbefehl und händigt diesen dem Gläubiger aus; im Auftrage dieses wird der Schuldner durch den Gerichtsvollzieher unter Vorlegung des Haftbefehls in Haft genommen, die Aufnahme des Schuldners in das Gefängniß ist aber unstatthaft, wenn der Gläubiger die Haftkosten nicht mindestens für einen Monat eingezahlt hat. Die Fortdauer der Haft hängt von der Einzahlung der ferneren Haftkosten ab, und die Dauer von 6 Monaten darf die Haft in keinem Falle überschreiten (§§ 904—915).

2. Die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen.

§ 119. Uebersicht.

1. Als die CPO in ihrer ursprünglichen Fassung im Jahre 1877 Gesetz wurde, gab es in Deutschland kein einheitliches Immobiliarsachenrecht, bei dem Einflusse aber, den dieser Theil des Privatrechts auf die Gestaltung der Immobiliarexekution hat, war deshalb die einheitliche Regelung der Zwangsvollstreckung in Immobilien ausgeschlossen, die CPO beschränkte sich vielmehr auf eine Zuständigkeitsbestimmung (§§ 755, 756) und überließ die Ausfüllung der danach im System des Prozeßrechts verbleibenden Lücke der Landesgesetzgebung. Nachdem aber durch das BGB die Einheit des Immobiliarsachenrechts hergestellt war, fiel der Anlaß, einen wichtigen Theil des Prozeßrechts der Partikulargesetzgebung noch ferner zu überlassen, weg, und es erging am 24. März 1897 das Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung. Gleichwohl wurde derjenige Titel der CPO, welcher „die

Digitized by Google

Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen" behandelt, nicht gestrichen, sondern erweitert. Die §§ 864—871 CPO enthalten sowohl die für alle Arten der Immobiliarexekution maßgebenden, als auch die Bestimmungen über die durch Eintragung einer Sicherungshypothek erfolgende Zwangsvollstreckung. Das Gesetz vom 24. März 1897 ist daher systematisch ein in § 869 einzufügender Bestandtheil der CPO. Hieraus folgt, daß auf das Verfahren der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung von Gegenständen des unbeweglichen Vermögens die Vorschriften der CPO Anwendung finden, soweit sie nicht durch Gesetz oder durch die Eigenart des Gegenstandes ausgeschlossen sind. Das Gesetz enthält in den §§ 172—174 aber auch eine Ergänzung der Konkursordnung, endlich behandelt es in §§ 175—184 diejenigen Fälle der Zwangsversteigerung, welche zur Durchführung von Rechtshandlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit gehören.

2. Das jetzige Prozeßrecht kennt drei Arten der Zwangsvollstreckung in eine unbewegliche Sache:

a) die Eintragung einer Sicherungshypothek für die vollstreckbare Forderung. Diese Art der Exekution steht demnach für die noch nicht durch Hypothek gesicherten, also für diejenigen Forderungen offen, für welche der Eigenthümer des Grundstücks persönlich haftet;

b) die Zwangsversteigerung, } Diese Arten der Zwangsvoll-

c) die Zwangsverwaltung. } streckung stehen nicht nur zur Befriedigung persönlicher, sondern auch derjenigen Forderungen offen, für welche das Grundstück dinglich haftet (§§ 1105, 1113, 1192, 1199 BGB). Daß das unbewegliche Vermögen des Schuldners auch zum Zwecke der Befriedigung rein persönlicher Schulden herangezogen werden kann, folgt daraus, daß für sie der Schuldner mit seinem ganzen Vermögen haftet (s. oben § 113). Die eingetragenen Rechte haben aber ein Vorzugsrecht vor den nur persönlichen Ansprüchen (§ 10 Nr. 4 und 5 Zwst.G). Die Folge ist die, daß im Konkurse eines Grundstückseigenthümers auch das Grundstück zur Masse gehört, wenn dem Gemeinschuldner die freie Verfügung über das Grundstück zusteht, daß es aber vom Konkursverwalter abhängt, die Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung des Grundstückes herbeizuführen (§§ 1, 126 KO). Denn nur wenn nach Befriedigung der Realgläubiger ein der Konkursmasse verbleibender Ueberschuß zu erhoffen ist, hat diese Maßregel einen praktischen Zweck.

Digitized by Google

Der Gläubiger kann zwischen den drei Vollstreckungsmaßregeln wählen, er kann sie aber auch nebeneinander ins Werk setzen.

Aus dem Gesagten folgt zugleich, daß jede nicht mit dem Willen des Eigenthümers geschehende Befriedigung des persönlichen oder eines Realgläubigers nur im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgen kann (§ 1147 BGB).

§ 120. Der Gegenstand der Immobiliarzwangsvollstreckung.

I. Der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen unterliegen (§ 864)

1. Grundstücke,
2. diejenigen Berechtigungen, für welche die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften gelten, daher das Erbbaurecht (§ 1017 BGB), das landesgesetzlich bestehende Erbpachtrecht, Büdnerrecht, Häuslerrecht (Art. 63 EG z. BGB), ferner das Bergwerkseigenthum und andere vererbliche und veräußerliche Rechte auf Gewinnung von Mineralien (Art. 67, 68 das.), das Stockwerkseigenthum sowie andere vererbliche und veräußerliche Nutzungsrechte an Grundstücken, soweit diese Rechte vom Landesgesetze zu den unbeweglichen Sachen gerechnet werden (Art. 182, 196 das.);
3. die im Schiffsregister eingetragenen Schiffe,
4. Miteigenthumsantheile an Grundstücken oder den unter 2 genannten Berechtigungen (§§ 1106, 1114, 1192, 1199 BGB).

II. Ist die Zwangsvollstreckung in einen dieser Vermögensgegenstände eröffnet, so umfaßt sie neben diesem auch diejenigen Gegenstände, auf welche sich bei Grundstücken und Berechtigungen die Hypothek, bei Schiffen das eingetragene Pfandrecht miterstreckt. Diese an sich beweglichen Sachen bilden mit dem Hauptgegenstande zusammen die Immobiliarmasse. Ueber das Verhältniß der Mobiliar- und der Immobiliarexekution betreffs dieser beweglichen Sachen s. oben § 114.

§ 121. a. Die Eintragung einer Sicherungshypothek.

Der Gläubiger kann unter Vorlegung des zugestellten (§ 750) vollstreckbaren Schuldtitels beim Grundbuchamte die Eintragung seiner Forderung auf dem Blatte des dem

Digitized by Google

Schuldner gehörigen Grundstückes beantragen. Mit der Eintragung entsteht für den Gläubiger eine Sicherungshypothek, und zwar auch dann, wenn der Schuldtitel nur vorläufig vollstreckbar ist. Wird aber der Schuldtitel oder dessen Vollstreckbarkeit durch eine vollstreckbare Entscheidung aufgehoben oder die Zwangsvollstreckung eingestellt, so wird die eingetragene Hypothek nicht gelöscht, vielmehr geht sie in Konsequenz des in § 1163 BGB ausgesprochenen Grundsatzes auf den Eigenthümer über. Dieser kann sie löschen oder im Wege der Grundbuchberichtigung (§§ 894 ff BGB § 22 GBO) auf seinen Namen umschreiben lassen (§§ 867, § 868 CPO).

Um nicht jeder geringfügigen Forderung des täglichen Verkehrs wider den Willen des Eigenthümers den Weg ins Grundbuch zu öffnen und um Zwangshypotheken fern zu halten, deren Rechtsgrund nicht immer mit voller Sicherheit erkennbar ist, hat die neue Fassung der CPO die Eintragung nur für eine den Betrag von 300 Mark übersteigende Forderung zugelassen und die Eintragung aus Vollstreckungsbefehlen verboten (§§ 866 Abs. 3, 699, 794[4] CPO).

Haften mehrere Schuldner als Gesammtschuldner, so kann der Gläubiger eine Sicherungshypothek an dem Grundstücke eines jeden Schuldners für den vollen Betrag erwerben. Sollen aber mehrere Grundstücke desselben Schuldners mit der Hypothek belastet werden, so ist nach näherer Bestimmung des Gläubigers der Betrag der Forderung auf die mehreren Grundstücke zu vertheilen (§ 867 Abs. 2).

Die Eintragung ist an sich zwar nur ein Sicherungs-, nicht ein Befriedigungsmittel, doch sieht das Gesetz sie als Maßregel der Zwangsvollstreckung an. Da diese Zwangsmaßregel eine Entscheidung des Grundbuchamtes darstellt, finden auf die Rechtsmittel und den Instanzenzug nicht die Vorschriften der CPO, sondern die §§ 71ff GBO Anwendung.

b. Die Zwangsversteigerung.

§ 122. Allgemeine Grundsätze.

1. Nach römischem Rechte erfolgte die Befriedigung des Pfandgläubigers im Wege des Privatverkaufes durch den Gläubiger, gleichviel ob Gegenstand des Pfandrechtes eine bewegliche oder eine unbewegliche Sache[1]), gleichviel auch

[1]) Dernburg: Pfandrecht. II S. 108 ff.

Digitized by Google

ob die Forderung des Gläubigers vollstreckbar war oder nicht. Die Androhung und die Einhaltung einer Wartefrist gaben dem Schuldner Gelegenheit, die Voraussetzungen des Pfandverkaufes und also auch die des Pfandrechts selbst zu bekämpfen. Fehlte dem Pfandgläubiger der Besitz des Pfandes, so bot die actio hypothecaria das Mittel, den Besitz zu erlangen. Aber nur der erstberechtigte Pfandgläubiger durfte verkaufen; seine Sache war es, den Ueberschuß des Verkaufserlöses an die nachstehenden Pfandgläubiger zu vertheilen, die Rechte dieser also nach Dasein und Rang zu prüfen.

Das System des Privatverkaufes hat sich in Deutschland nur für bewegliche Sachen erhalten, für diese bildet er auch nach dem BGB (§§ 1228, 1233 ff.) die Regel. Unbewegliche Sachen wurden nach deutschem Recht im Wege der nothwendigen Subhastation durch den Richter verkauft. Dieser handelte anf Antrag des Gläubigers, aber nur eines solchen, welchem eine vollstreckbare Forderung zur Seite stand. Der Gläubiger brauchte also nicht im Besitze der Sache zu sein, und das Antragsrecht stand jedem Gläubiger zu, gleichviel welcher Rang seiner Forderung zukam.

2. Die Immobiliarexekution war, wie das Immobiliarsachenrecht selbst, Gegenstand der partikularen Gesetzgebung. In dieser bildeten sich verschiedene Systeme aus. Nach dem einen erwarb der Ersteher das Grundstück frei von allen Pfandrechten; diese wurden gelöscht (daher Löschungssystem), gleichviel ob der Gläubiger Befriedigung erhalten hatte oder nicht. Die Folge war die, daß auch wenn der Antrag von dem am schlechtesten stehenden Pfandgläubiger gestellt war, sämmtliche Hypotheken fällig und aus dem Versteigerungserlöse, soweit er reichte, befriedigt wurden. Die Subhastation bildete daher einen auf Veranlassung eines Gläubigers eingeleiteten Partikularkonkurs. In den gemeinrechtlichen Ländern lebte der Gedanke an die ausschließliche Verkaufsberechtigung des prior creditor fort, er führte aber nur dahin, daß der Ersteher diejenigen Rechte, welche dem Antragsteller vorgingen, übernehmen mußte, daß also aus dem Erlöse nur die nachstehenden Gläubiger befriedigt wurden, aber mindestens ein die vorgehenden Rechte deckender Betrag geboten werden mußte (Uebernahmesystem).

Zu dem letzteren Systeme gingen die wichtigsten Partikulargesetze (von Preußen, Bayern, Sachsen) über, es wurde

Digitized by Google

auch von dem Reichsgesetze vom 24. März 1897 angenommen. Denn da auch nach ihm die Zwangsversteigerung eine Maßregel der Zwangsvollstreckung ist, kann sie von jedem Gläubiger, welcher für seine vollstreckbare Geldforderung ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstücke hat, beantragt werden. Ein solches Recht haben nicht nur diejenigen Gläubiger, deren Berechtigung im Grundbuche eingetragen ist (§§ 1105, 1113, 1191, 1199 BGB), sondern jeder Gläubiger, dessen Schuldner mit seinem ganzen Vermögen, also auch mit seinem Grundstücke haftet (s. oben S. 416). Die Zwangsversteigerung kann aber nur dann durchgeführt werden, wenn für den Gegenstand der Versteigerung ein solches Gebot abgegeben wird, durch welches die dem Anspruche des betreibenden Gläubigers vorgehenden Rechte sowie die Kosten des Verfahrens gedeckt werden (§ 44 Abs. 1 ZwstG). Wird dieses „geringste Gebot" nicht erreicht, so muß die Zwangsversteigerung auf Kosten des betreibenden Gläubigers eingestellt werden. Sind mehrere betreibende Gläubiger vorhanden, so ist für die Bemessung des geringsten Gebotes das vorgehende Recht maßgebend, denn der Anspruch dieses auf Durchsetzung der Exekution kann nicht dadurch beseitigt werden, daß ein posterior creditor durch seinen Beitritt das geringste Gebot erhöht und also die Versteigerung erschwert. Die Höhe des geringsten Gebotes muß deshalb vor dem Beginne der Versteigerung durch das Vollstreckungsgericht festgestellt werden (§ 66), und ein Gebot, das hinter diesem Betrage zurückbleibt, wird nicht zugelassen (§ 44). Erreicht oder überschreitet ihn das abgegebene Meistgebot, so erfolgt der Zuschlag des Grundstückes an den Meistbietenden. Der Ersteher bezahlt aber das Meistgebot nicht in seiner vollen Höhe, sondern nur das sog. Baargebot d. h. denjenigen Theil des Meistgebotes, welcher erforderlich ist, die Kosten des Verfahrens, die privilegirten Ansprüche (§ 10 Nr. 1—3), die laufenden und rückständigen Beträge wiederkehrender Leistungen von den innerhalb des geringsten Gebotes stehenden Rechten zu decken, sowie den das Mindestgebot übersteigenden Betrag. Dagegen wird nicht bezahlt derjenige Theil des Meistgebotes, welcher auf die im geringsten Gebote stehenden Rechte entfällt. Denn diese, dem betreibenden Gläubiger vorgehenden, bei Feststellung des geringsten Gebotes also berücksichtigten Rechte werden dadurch gedeckt, daß sie bestehen bleiben (§ 52): sie werden

Digitized by Google

vom Ersteher übernommen. Die bei Feststellung des geringsten Gebotes nicht berücksichtigten dinglichen Rechte auf Befriedigung aus dem Grundstücke, also vor allem das etwa eingetragene Recht des betreibenden Gläubigers und die nachstehenden Rechte erlöschen, gleichviel ob sie aus dem Ueberschusse des Meistgebots über das geringste Gebot Befriedigung erhalten oder nicht. Dieser Ueberschuß wird nämlich an diese Gläubiger nach der Rangordnung ihrer Rechte ausgezahlt. Von diesen Rechten wird das erstandene Grundstück frei. Das Reichsgesetz beruht daher zwar auf dem Deckungs- und Uebernahmeprinzip, hat dieses aber mit dem Löschungsprinzip verbunden[1]).

Danach haben Forderungen, welchen andere den Werth des Grundstückes aufzehrende Rechte vorgehen, keine Aussicht, aus dem Grundstücke befriedigt zu werden. Der Kredit, den der Gläubiger einer solchen Forderung dem Eigenthümer gewährt, ist also auch dann, wenn die Forderung durch Hypothek „gesichert" wird, Personalkredit; die Gläubiger, welche sicher stehen und zur Zwangsvollstreckung keinen Anlaß haben, werden nicht gezwungen, das in ihren Hypotheken angelegte Kapital anderweit unterzubringen, der Eigenthümer kann nicht von jedem Gläubiger

---

[1]) Beispiel: Auf dem Blatte des Grundstückes Nr. 10 sind eingetragen:

1) für den Vorschußverein in M. 3000 Mark Hypothek,
2) für den Kaufmann Goldfeld 2500 Mark Grundschuld,
3) für das Fräulein Ledig 2000 Mark Hypothek,
4) für die Witwe Maul 300 Mark Hypothek.

Goldfeld hat eine vollstreckbare Forderung auf Zahlung der 2500 Mark Grundschuld nebst 320 Mark Zinsen, er beantragt die Zwangsversteigerung. Das geringste Gebot muß so bemessen werden, daß die Kosten des Verfahrens mit 100 Mark, die privilegirten Ansprüche (§ 10 Nr. 1—3 Zwst.G) mit 300 Mark, die Hypothek Nr. 1 nebst Zinsen mit zusammen 3150 Mark gedeckt werden. Das Meistgebot beträgt 8000 Mark. Davon werden übernommen die zu 1 eingetragenen 3000 Mark, das Baargebot beträgt also 5000 Mark. Davon werden berichtigt die 100 M. Kosten, 300 Mark auf privilegirte Ansprüche, die 150 M. Zinsen der Hypothek zu 1=550 Mark. Von dem Ueberschusse von 4450 M. erhält Goldfeld den vollen beanspruchten Betrag von 2820 Mark, den Rest erhält die Ledig mit 1630 Mark, während die Maul leer ausgeht. Auf dem Grundstücke bleibt nur die Hypothek zu 1 stehen, die Rechte zu 2, 3, 4 werden gelöscht. Die Ledig hat also wegen der 370 und die Maul wegen der 300 Mark, mit denen diese ausgefallen sind, nur noch einen Anspruch gegen den persönlichen Schuldner.

Digitized by Google

vom Grundstücke vertrieben werden, und die Zahl der Bieter ist eine größere, da die Baarzahlung sich verringert.

3. Die Zwangsversteigerung ist nicht mehr ein alle Realgläubiger in Mitleidenschaft ziehender Partikularkonkurs, sondern eine im Interesse des betreibenden Gläubigers vorgenommene Zwangsvollstreckung, das Gesetz ist aber, da die eingetragenen Berechtigten, welche die Zwangsversteigerung nicht betreiben, gleichfalls Gläubiger sind und möglicherweise aus dem Erlöse befriedigt werden, genöthigt einen Gegensatz zu machen zwischen dem Gläubiger und den Betheiligten (§ 9). Gläubiger ist nur Derjenige, welcher den Antrag auf Zwangsversteigerung stellt, oder diesem Antrage beitritt (§§ 9, 15, 27), Betheiligte sind außer dem Gläubiger und dem Schuldner d. h. dem Eigenthümer des Grundstückes, gegen welchen die Zwangsversteigerung betrieben wird (§§ 16, 17):

a) alle im Grundbuch eingetragenen Berechtigten,
b) alle, welche ohne eingetragen zu sein, ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstücke (§§ 10—14),
c) ein Mieth- oder Pachtrecht und auf Grund dieses Rechtes den Besitz des Grundstückes oder eines Theiles davon zu haben behaupten und anmelden;
d) diejenigen, welche ein der Zwangsvollstreckung entgegenstehendes Recht am Grundstücke oder an einem das Grundstück belastenden Rechte anmelden.

Alle diese Personen können durch die Zwangsversteigerung in ihren Rechten beeinträchtigt werden und sind deshalb im Verfahren zuzuziehen. Nur der Gläubiger d. h. besser gesagt, der betreibende Gläubiger ist Herr des Verfahrens: er hat es beantragt, er kann die Einstellung und die Aufhebung des Verfahrens bewilligen, nur zu seinen Gunsten wirkt die Beschlagnahme.

§ 123. Die Beschlagnahme.

Sie dient demselben Zwecke wie die Pfändung des Mobiliarvermögens, nämlich der Durchführung der Zwangsvollstreckung: es sollen Verfügungen des Schuldners, welche die Zwangsversteigerung und damit die Befriedigung des betreibenden Gläubigers vereiteln könnten, verhindert werden. Während aber die Pfändung das Ziel dadurch zu erreichen sucht, daß sie den gepfändeten Gegenstand mit einem Pfandrechte belastet, führt die Beschlagnahme eine Ver-

Digitized by Google

fügungsbeschränkung des Schuldners herbei (§ 23 Zwgst. G). Die Verfügungsbeschränkung wirkt aber wie ein Pfandrecht. Die Beschlagnahme ergreift nämlich die Immobiliarmasse d. i. das Grundstück und die dem Hypothekenrecht unterliegenden Gegenstände (§ 20). Der die Zwangsversteigerung beantragende Realgläubiger hat also bereits die Rechte (§§ 1120—1131 BGB), welche der Gläubiger durch eine Pfändung erwerben könnte. Und der persönliche Gläubiger erwirbt durch die Beschlagnahme ein Recht auf Befriedigung aus der Immobiliarmasse (§§ 22, 10 No 5 Zwgst. G.) und damit ein Recht auf abgesonderte Befriedigung aus dieser Masse, falls der Grundeigenthümer in Konkurs geräth (§§ 13, 47 KO). Doch gehen durch die Beschlagnahme keine Veränderungen in dem Besitze der betroffenen Gegenstände vor (s. oben S. 424).

Trotz der Beschlagnahme verbleibt dem Schuldner die Verwaltung und Benutzung des Grundstücks innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirthschaft (§ 24), unter dieser Voraussetzung sogar die Veräußerung beweglicher Sachen (§ 23); die Beschlagnahme erstreckt sich aber überhaupt nicht auf den Fruchtgenuß eines Pächters; vielmehr behält er das Eigenthum an den getrennten Früchten (956 BGB) und wird in seinem Rechte auf den Genuß der ungetrennten Früchte nicht beeinträchtigt (§ 581 BGB); die Beschlagnahme erstreckt sich aber auch nicht auf Mieth- oder Pachtzinsforderungen, obwohl diese dem Hypothekenrechte unterliegen (1123 BGB), weil die Erhebung und Verwendung solcher Außenstände in das Gebiet der dem Schuldner verbleibenden Verwaltung fällt; und sie erfaßt nur diejenigen land- und forstwirthschaftlichen Erzeugnisse, welche Zubehör der Hauptsache (§ 98 No. 2 BGB) oder mit dieser noch verbunden sind (§ 21), weil dem Schuldner diese Hülfsmittel nicht entzogen werden sollen, bevor nicht eine Zwangsverwaltung eingeleitet ist.

Im übrigen wirkt die Beschlagnahme wie ein Veräußerungsverbot. Jede dem betreibenden Gläubiger nachtheilige Verfügung ist daher diesem gegenüber unwirksam (§ 23 Zwgst. G. §§ 135, 136 BGB). Veräußert oder belastet der Schuldner bewegliche Sachen der Immobiliarmasse, so kann der betreibende Gläubiger sie zur Masse zurückfordern, wenn der gegenwärtige Besitzer nicht etwa das Eigenthum erworben hat. Das Eigenthum erwirbt er dann nicht, wenn er die Beschlagnahme kannte oder wenn der

Digitized by Google

Versteigerungsvermerk zur Zeit des Erwerbes eingetragen war (§ 23 Abs. 2). Ueberträgt der Schuldner das Eigenthum des Grundstücks, so wird die Zwangsversteigerung ohne Rücksicht darauf, ob der Erwerber in gutem oder bösem Glauben ist, fortgesetzt, wenn sie wegen eines Anspruches aus einem eingetragenen Rechte betrieben wird (§ 26 Zwgst.G); wenn sie dagegen wegen eines nicht eingetragenen Rechtes betrieben wird, so wird sie nur gegen die die Beschlagnahme kennenden Erwerber fortgesetzt (§ 23). Belastet der Schuldner das Grundstück mit einem dinglichen Rechte, so hat der betreibende persönliche Gläubiger den Vorzug vor dem Erwerber des dinglichen Rechtes, wenn dieser die Beschlagnahme kannte (§§ 23, 10 No. 5 und 6). In allen diesen Fällen wird die Kenntniß des Versteigerungsantrages einer Kenntniß der Beschlagnahme selbst gleichgeachtet; der Versteigerungsvermerk „gilt" als bekannt; um nicht am Prinzipe zu rütteln, glaubte das Gesetz mit einer Fiktion helfen zu müssen (§ 23 Abs. 2).

Die Beschlagnahme liegt in dem Beschlusse, welcher die Zwangsversteigerung anordnet (§ 20); es ist rathsam, dies im Beschlusse besonders zum Ausdrucke zu bringen. Sie wird wirksam mit der Zustellung des Beschlusses an den Schuldner (§ 22).

§ 124. Das Verfahren.

1. Zuständig für die Vornahme der Zwangsversteigerung eines Grundstücks als Vollstreckungsgericht ist das Amtsgericht der belegenen Sache (§§ 1, 2, 15).

2. Alle Zustellungen erfolgen von Amtswegen (§§ 3 bis 8).

3. Die vom Gericht erlassenen Entscheidungen unterliegen an sich der sofortigen Beschwerde (nach §§ 793 und 568 ff. CPO). Das Gesetz giebt aber abweichende Bestimmungen:

a) für die gegen den Zuschlagsbeschluß gerichtete Beschwerde (§§ 96—104, s. unten),

b) für die vor dem Zuschlage liegenden Entscheidungen. Gegen diese kann nämlich Beschwerde nur dann eingelegt werden, wenn sie die Anordnung, Aufhebung, einstweilige Einstellung oder Fortsetzung des Verfahrens betreffen (§ 95). Damit sind alle für den Fortgang des Verfahrens grundlegenden Entscheidungen für

Digitized by Google

selbständig anfechtbar erklärt. Die Folge ist, daß nach eingetretener Rechtskraft die Entscheidung nicht mehr in Frage gestellt werden darf, mithin die unverrückbare Grundlage des weiteren Verfahrens bildet. Alle anderen Entscheidungen sind überhaupt nicht oder (§ 100) nur insofern anfechtbar, als sie Grund zu einer gegen den Zuschlag zu richtenden Beschwerde geben.

4. Die Zwangsversteigerung wird auf Antrag des Gläubigers durch (anfechtbaren) Beschluß des Vollstreckungsgerichts angeordnet (§ 15). Das Gericht hat die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung zu prüfen, es sind daher die diese Voraussetzungen feststellenden Urkunden mit dem Antrage einzureichen (§ 16). Zu diesen Voraussetzungen gehört, daß der Schuldner als Eigenthümer des Grundstücks eingetragen oder daß er Erbe des eingetragenen Eigenthümers ist. Ist er selbst eingetragen, so ist dies durch ein Zeugniß des Grundbuchamtes oder durch Bezugnahme auf das bei demselben Gerichte befindliche Grundbuch nachzuweisen, die Erbfolge durch Urkunden glaubhaft zu machen, wenn sie nicht diesem Gerichte amtlich bekannt ist (§ 17). Ist der Schuldner nur Miterbe des eingetragenen Eigenthümers, so kann vor der Theilung weder das ganze Grundstück noch ein Antheil subhastirt werden (§ 2033 BGB).

Der Beschluß, welcher die Zwangsversteigerung anordnet, enthält zugleich die Beschlagnahme (§ 20, s. oben).

5. Wird die Zwangsversteigerung angeordnet, so richtet das Vollstreckungsgericht an das Grundbuchamt das Ersuchen um Eintragung des Versteigerungsvermerks (§ 19), d. h. eines (in Preußen in die zweite Abtheilung des Grundbuchs gehörenden) Vermerkes: „Die Zwangsversteigerung ist angeordnet." Die Thatsache der Beschlagnahme nimmt in Folge dessen an der Publizität des Grundbuches Theil, es kann sich daher nach der Eintragung Niemand mehr auf mangelnde Kenntniß von der Beschlagnahme berufen (§ 892 Abs. 1 Satz 2 BGB, § 23 Abs. 2 Zwst. G). Der Vermerk wird gelöscht, wenn die Zwangsversteigerung aufgehoben, nicht schon dann, wenn sie nur eingestellt ist (§ 34).

6. Das weitere Verfahren zerfällt in das Versteigerungs- und das Vertheilungsverfahren.

Digitized by Google

§ 125. Die Versteigerung.

1. Sie wird vom Vollstreckungsgericht ausgeführt (§ 35). Dieses handelt dabei nicht als Vertreter des Gläubigers oder des Schuldners, sondern als Rechtspflegeorgan auf Antrag des Gläubigers zum Zwecke der Durchführung einer von der Staatsgewalt angeordneten Vollstreckungsmaßregel. Die Zwangsversteigerung theilt daher keineswegs die rechtliche Natur des privaten Pfandverkaufes, eine Analogie, die schon dadurch ausgeschlossen ist, daß der Pfandverkauf nach römischem und heutigem Rechte Gegenstand eines dem Pfandgläubiger selbst zustehenden, im Pfandrechte enthaltenen Rechtes ist (§ 1228 BGB), während in Bezug auf unbewegliche Sachen die Gläubiger auf den Weg der Zwangsvollstreckung verwiesen sind (§ 1147 BGB). Ein privates Rechtsgeschäft ist die Zwangsversteigerung nicht. Es ist deshalb irrig, von einem „Verkaufe" zu reden. Der Staat entzieht durch das Vollstreckungsgericht dem Schuldner das Eigenthum des Grundstücks und verschafft durch den Zuschlag das Eigenthum des Grundstücks dem Ersteher. Letzterer ist daher auch nicht Rechtsnachfolger des Schuldners.

2. Zum Zwecke der Versteigerung ertheilt das Grundbuchamt dem Vollstreckungsgericht eine beglaubigte Abschrift des Grundbuchblattes (§ 19 Abs. 2). Aus dieser erfährt das Vollstreckungsgericht diejenigen Personen, welche als eingetragene Berechtigte am Verfahren betheiligt sind (§ 9 Nr. 1). Darauf setzt das Gericht den Versteigerungstermin an, welcher regelmäßig nicht über sechs Monate hinaus anberaumt werden soll (§ 36), aber wenigstens auf sechs Wochen hinaus anzusetzen ist (§ 43), und macht den Termin öffentlich bekannt. Die Bekanntmachnng hat einen obligatorischen (§ 37) und einen fakultativen (§ 38) Inhalt. Zu dem ersteren gehört:

a) Die Aufforderung, aus dem Grundbuche nicht ersichtliche Rechte zum Zwecke ihrer Berücksichtigung bei Feststellung des geringsten Gebots spätestens im Versteigerungstermine vor der Aufforderung zur Abgabe von Geboten anzumelden,

b) die Aufforderung, Rechte, welche der Zwangsversteigerung entgegenstehen, geltend zu machen und ihrethalben vor Ertheilung des Zuschlages die Einstelluug der Zwangsversteigerung herbeizuführen.

Digitized by Google

Wer die Aufforderung zu a unbeachtet läßt, erleidet den Nachtheil, daß sein Recht bei Feststellung des geringsten Gebotes unberücksichtigt bleibt und bei der Vertheilung des Erlöses dem Rechte des betreibenden Gläubigers und den übrigen Rechten nachgesetzt wird.

Wer die Aufforderung zu b unbeachtet läßt, erleidet den Nachtheil, daß er den Zuschlag nicht ungeschehen machen, sondern sich nur an den Versteigerungserlös halten kann. Ist dieser dem betreibenden Gläubiger ausgezahlt, so ist letzterer auf Kosten des Widerspruchsberechtigten grundlos bereichert.

Außerdem ist die Terminsbestimmung den Betheiligten zuzustellen. Diese sollen im Laufe der zweiten Woche vor dem Termin erfahren, auf wessen Antrag und wegen welcher Ansprüche die Versteigerung erfolgt (§ 41).

3. Im Termine werden zuerst die das Grundstück betreffenden Nachweisungen, die das Verfahren betreibenden Gläubiger, deren Ansprüche, die Zeit der Beschlagnahme und die erfolgten Anmeldungen bekannt gemacht.

Hierauf werden das geringste Gebot und etwaige sonstige Versteigerungsbedingungen nach Anhörung der anwesenden Betheiligten festgestellt und die erfolgten Feststellungen verlesen. Nachdem alsdann das Gericht auf die bevorstehende Ausschließung weiterer Anmeldungen hingewiesen hat, wird zur Abgabe von Geboten aufgefordert (§ 66).

a) Das geringste Gebot ist die wichtigste Versteigerungsbedingung. Da die bei Festsetzung dieses Gebotes berücksichtigten Rechte vom Ersteher übernommen werden, muß jeder Bieter nicht nur den Geldbetrag des Gebotes, sondern auch die einzelnen berücksichtigten Rechte erfahren, es müssen deshalb diese einzelnen Rechte bezeichnet werden (§ 66). Berücksichtigt werden ohne weiteres die zur Zeit der Eintragung des Versteigerungsvermerks aus dem Grundbuch erkennbaren Rechte, andere Rechte nur dann wenn sie rechtzeitig (§§ 37 Nr. 4, 66) angemeldet und bei Widerspruch des betreibenden Gläubigers glaubhaftgemacht werden (§§ 45—57). Dabei sind bedingte Rechte wie unbedingte, durch Widerspruch oder Vormerkung gesicherte Rechte wie endgültig eingetragene Rechte zu berücksichtigen (§ 48). Daß eine endgültige Feststellung der in Frage kommenden Rechte in diesem Stadium des Verfahrens nicht erfolgt und nicht erfolgen kann, zieht die Gefahr nach sich, daß der Ersteher ein Recht übernimmt, das in Wahrheit nicht be-

Digitized by Google

steht oder nicht zur Entstehung gelangt oder hinterher wegfällt, daß der Ersteher also einen Gewinn macht, auf den er kein Recht hat. Dieser Gefahr beugt das Gesetz (§ 50, 51) durch eine Erweiterung der Baarzahlungspflicht des Erstehers vor. Dieser hat in einem solchen Falle nämlich außer dem Baargebote den Geldbetrag des berücksichtigten Rechtes oder den Betrag, durch den sich der Werth des Grundstücks erhöht, zu zahlen. Der Fall tritt insbesondere dann ein, wenn das berücksichtigte Recht auch noch auf einem anderen Grundstücke haftet und an dem versteigerten Grundstücke nach den Grundsätzen von der Gesammthypothek erlischt.

b) Haftet für eine im geringsten Gebote berücksichtigte und demnach bestehenbleibende Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld der Schuldner zugleich persönlich, so übernimmt der Ersteher nicht blos die dingliche Last, sondern auch die persönliche Schuld, wie dies bei freiwilliger Veräußerung Brauch ist. Daher greifen auch hier die Vorschriften des § 416 BGB Platz, es tritt also regelmäßig eine Befreiung des bisherigen Schuldners ein. Die hierzu erforderliche ausdrückliche oder stillschweigende Genehmigung des Gläubigers setzt hier voraus, daß nach der Eintragung des Erstehers als neuen Eigenthümers der Schuldner dem Hypothekengläubiger die Uebernahme mittheilt (§ 53).

c) Eine Kapitalskündigung ist dem Ersteher gegenüber nur dann wirksam, wenn sie vor der Aufforderung zur Abgabe von Geboten erfolgt und dem Gericht angemeldet wird (§ 54).

d) Gegenstand der Versteigerung sind das Grundstück und alle diejenigen Vermögensobjekte, deren Beschlagnahme zur Zeit des Zuschlages noch wirksam ist, die also nicht durch rechtsgültige Veräußerung der Vollstreckung entzogen sind. Der Zuschlag umfaßt aber auch die im Besitze des Schuldners oder eines neu eingetretenen Eigenthümers befindlichen, aber im Eigenthum eines Dritten stehenden Zubehörstücke, falls der Dritte nicht etwa im Wege des Widerspruchs sein Eigenthum daran geltend gemacht hat (§§ 55, 37 No 5). Solche Sachen unterliegen nicht der Beschlagnahme (§ 1120 BGB), aber sie werden trotzdem Eigenthum des Erstehers.

e) Gefahr, Lasten und Nutzungen gehen auf den Ersteher mit dem Zuschlage über (§ 56).

Digitized by Google

f) Befindet sich das Grundstück in dem Besitze eines Miethers oder Pächters, so tritt der Ersteher in das Vertragsverhältniß ein, als ob er das Grundstück auf Grund freiwilliger Veräußerung erworben hätte, er ist aber berechtigt, zu dem ersten zulässigen Kündigungstermine das Vertragsverhältniß unter Einhaltung der gesetzlichen Frist zu kündigen (§ 57).

Dies sind die gesetzlichen Versteigerungsbedingungen. Abweichende Bedingungen können auf Verlangen eines jeden Betheiligten festgesetzt werden. Wird durch eine Abweichung aber das Recht eines anderen Betheiligten beeinträchtigt, so ist dessen Zustimmung erforderlich, und läßt sich nicht feststellen, ob eine solche Beeinträchtigung vorliegt, so ist das Grundstück doppelt auszubieten, nämlich unter den gesetzlichen und unter den abweichenden Bedingungen. Ist unter den letzteren das Meistgebot so hoch, daß der Gefährdete befriedigt wird, so ist unter diesen Bedingungen, andernfalls ist unter den gesetzlichen Bedingungen zuzuschlagen (§ 59). Dem Ersteher können Zahlungsfristen bewilligt werden (§§ 60, 61).

4. Die Versteigerung erfolgt in der Weise, daß Gebote abgegeben werden. Das Gebot ist keine Vertragsofferte, denn ein Vertrag wird nicht geschlossen. Das Meistgebot ist aber Voraussetzung für den staatlichen Akt des Zuschlages. Jedes einzelne Gebot ist daher für den Bieter so lange bindend als es Meistgebot ist. Wird also ein Uebergebot abgegeben, so erlischt das niedrigere Gebot ohne Weiteres (§ 72). In der Abgabe eines Gebotes liegt aber eine bedingte Verpflichtungserklärung: ist der Zuschlag für das Meistgebot ertheilt, so ist die Verpflichtung des Erstehers eine unbedingte geworden.

Da jedes Gebot Meistgebot bleiben, also zur unbedingten Verpflichtung werden kann, ist der Bieter zur Sicherheitsleistung verpflichtet, wenn ein Betheiligter, dessen Recht durch Nichterfüllung des Gebots beeinträchtigt werden würde, die Sicherheitsleistung sofort nach der Abgabe des Gebotes verlangt (§§ 67—70). Wird das Verlangen gestellt und vom Gericht für begründet erklärt, aber nicht erfüllt, so ist das ungesicherte Gebot zurückzuweisen (§ 70).

Zwischen der Aufforderung zur Abgabe von Geboten und dem Schlusse der Versteigerung muß wenigstens eine Stunde liegen, doch muß natürlich die Versteigerung fort-

Digitized by Google

gesetzt werden, bis ein Gebot nicht mehr abgegeben wird. Das letzte Gebot ist drei mal zu verkünden. Damit wird zugleich die Versteigerung geschlossen (§ 73), worauf die anwesenden Betheiligten über den Zuschlag gehört werden (§ 74).

Die Entscheidung über den Zuschlag erfolgt durch einen Beschluß des Vollstreckungsgerichts. Dieses hat dabei den gesammten Inhalt des Verfahrens, Vorgänge des Versteigerungstermines aber nur, wenn sie protokollirt sind, und wenn der Beschluß in einem besonderen Termine verkündet wird, auch die nachträglich vorgebrachten Thatsachen und Beweismittel zu berücksichtigen (§§ 78—80, 88). An eine von ihm selbst erlassene frühere Entscheidung ist dabei das Gericht nicht gebunden (§ 89).

Der Zuschlag ist zu versagen

a) wenn einer der Fälle des § 83 vorliegt d. h. wenn sich herausstellt, daß eine der dort aufgeführten Gesetzesverletzungen begangen ist. Die Vermeidung von zweien dieser Verstöße (No. 6 und 7) liegt im öffentlichen Interesse, die aller anderen (1—5) im besonderen Interesse eines bestimmten Betheiligten; wird also dieser nicht beeinträchtigt oder das Verfahren von ihm genehmigt, so kann der Zuschlag nicht versagt werden (§ 84);

b) wenn vor dem Schlusse der Verhandlung ein Betheiligter, dessen Recht durch den Zuschlag beeinträchtigt werden würde, die Bestimmung eines neuen Versteigerungstermins beantragt und sich zugleich zum Ersatze des durch die Versagung des Zuschlags entstehenden Schadens verpflichtet (§ 85). Dadurch wird der bisherige Meistbietende frei und das von ihm abgegebene Gebot wird zu einem Gebote jenes Antragstellers.

Ist der versagende Beschluß rechtskräftig, so ist das Verfahren, wenn seine Fortsetzung zulässig ist, nur eingestellt, andernfalls ist es aufgehoben (§ 86).

Liegt ein Versagungsgrund nicht vor, so ist der Zuschlag dem Meistbietenden zu ertheilen. Hat der Meistbietende das — prozessualische — Recht aus dem Meistgebote — auf Ertheilung des Zuschlags — abgetreten und der Cessionar die Verpflichtung aus dem Meistgebot übernommen, so ist diesem der Zuschlag zu ertheilen; wenn der Meistbietende nachweist, daß er für einen Anderen (nicht Namens eines Anderen § 164 BGB) geboten habe, so ist dem Dritten zuzuschlagen,

Digitized by Google

doch haften in beiden Fällen der Meistbietende und der Ersteher als Gesammtschuldner (§ 81).

Der Beschluß ist zu verkünden (§ 87), und ertheilt er den Zuschlag, so ist er auch den in § 88 bezeichneten Personen zuzustellen. Er unterliegt der sofortigen Beschwerde. Ueber die Berechtigung zur Beschwerde s. §§ 99, 102. Die Frist beginnt, wenn der Zuschlag versagt ist, mit der Verkündung für jeden Beschwerdeberechtigten, und wenn der Zuschlag ertheilt ist, mit der Zustellung (§ 577 Abs. 2 CPO § 98 Zwst. G), jedoch auch in diesem Falle mit der Verkündung für diejenigen Betheiligten, welche im Versteigerungstermine oder im Verkündungstermine erschienen waren (§ 98). Das Verfahren weicht in einigen Beziehungen von den allgemeinen Grundsätzen der CPO (§§ 568 ff.) ab (§§ 97—104).

Der Zuschlag wird in jedem Falle mit der Verkündung wirksam (§ 89). Denn er macht den Ersteher zum Eigenthümer des Grundstücks und aller derjenigen Gegenstände, auf welche sich die Versteigerung erstreckt hat (§ 90), und diese Wirkung kann nicht von der Rechtskraft des Beschlusses (vergl. § 88) abhängig gemacht werden. Aber die Eintragung des neuen Eigenthümers im Grundbuche kann erst nach Eintritt der Rechtskraft erfolgen (§ 130). Der Ersteher wird Eigenthümer, auch wenn der Schuldner nicht Eigenthümer war, und auch wenn er selbst von dem Mangel im Rechte des Schuldners Kenntniß hatte (§§ 90, 37 Nr. 5). Denn der Zuschlag begründet keine Rechtsnachfolge, sondern bildet, wie die Enteignung, einen rechtschaffenden Akt der Staatsgewalt. Mit der Aufhebung des Zuschlages durch das Beschwerdegericht wird auch das Eigenthum des Erstehers, wie durch den Eintritt einer Resolutivbedingung, wieder aufgehoben.

Der Zuschlag wirkt aber nicht blos rechtsbegründend, sondern auch rechtsvernichtend. Denn es erlöschen diejenigen Rechte, welche nicht nach gesetzlicher Vorschrift (§ 52) oder kraft besonderer Versteigerungsbedingung oder endlich in Folge einer Vereinbarung zwischen dem Berechtigten und dem Ersteher bestehen bleiben. An die Stelle des erloschenen Rechtes tritt der Anspruch auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlöse. Wird aber ein Recht, das erlöschen sollte, auf Grund einer von ihm mit dem Berechtigten getroffenen Vereinbarung übernommen, so wirkt die Uebernahme wie die Befriedigung des Berechtigten aus dem Grundstücke (§ 91,

Digitized by Google

92), was für die Gesammthypothek von Wichtigkeit ist (§ 1181 BGB).

§ 126. Das Vertheilungsverfahren.

Der Versteigerungserlös wird in einem besonderen, vom Gerichte nach Ertheilung des Zuschlages anberaumten Termine (§ 105) vertheilt. Zu diesem Zwecke wird vor (§ 106) oder im Termine (§ 113) vom Gericht ein Theilungsplan aufgestellt. Dieser bezeichnet die zu vertheilende Masse (§ 107), die aus der Masse zu befriedigenden Rechte nach ihrer Reihenfolge und die bestehen bleibenden Rechte (§ 113).

Die Masse besteht aus dem Baargebote, dessen etwaiger Erweiterung (§ 50) und den seit dem Zuschlage laufenden Zinsen (§ 49), sowie dem Erlöse aus einer etwaigen Sonderversteigerung einzelner Sachen. Diese Masse tritt an die Stelle des versteigerten Grundstücks, folglich sind aus ihr alle diejenigen Rechte, welche durch den Zuschlag erlöschen, ihrer Reihenfolge nach zu befriedigen; ein etwaiger Ueberschuß ist an den Schuldner zu zahlen. Es erlöschen aber nur diejenigen Rechte nicht, welche vom Ersteher übernommen werden.

Der Theilungsplan geht von dem Regelfalle aus, daß der Ersteher seine Verpflichtung, die zu vertheilende Masse im Termine an das Gericht zu zahlen (§ 107), erfüllt. Der Theilungsplan verfährt deshalb in der Weise, daß

a) die gerichtlichen Kosten des Verfahrens (§ 109) aus der Masse vorweggenommen,

b) alle übrigen, durch Zahlung zu deckenden Rechte in der im § 10 angegebenen Reihenfolge angesetzt werden. Die dort unter Nr. 1—3 aufgeführten Rechte (Auslagen für Erhaltung und Verbesserung des Grundstückes, die Lohnansprüche, die öffentlichen Abgaben) sind als privilegirte Ansprüche zu bezeichnen, denn abgesehen davon, daß sie aus dem Grundbuche nicht erkennbar sind, also das Eintragungs- und Publizitätsprinzip durchbrechen, gehen sie den eingetragenen Rechten vor. Hierauf folgen die eingetragenen Rechte nach der aus dem Grundbuche ersichtlichen Reihenfolge. Ausgeschlossen sind nur diejenigen Rechte, welche in Folge der Beschlagnahme dem Gläubiger gegenüber unwirksam sind, also jedenfalls die nach dem Versteigerungsvermerk eingetragenen Rechte. Ansprüche auf wiederkehrende Leistungen (also insbesondere Hypothekenzinsen) kommen an

Digitized by Google

derselben Stelle wie das Kapital zum Ansatz, nur soweit es sich um laufende und aus den letzten zwei Jahren rückständige Beträge handelt. Hierauf folgt der betreibende Gläubiger, sofern er nicht schon in einer der vorhergehenden Klassen zu berücksichtigen war; ihm stehen nach die eingetragenen Rechte, welche in Folge der Beschlagnahme ihm gegenüber unwirksam sind, diesen wiederum ältere Rückstände öffentlicher Abgaben und diesen ältere Rückstände aus eingetragenen Rechten.

Jeder Gläubiger kann an der Stelle, an welcher er anzusetzen ist, auch die Kosten der Kündigung und der die Befriedigung aus dem Grundstücke bezweckenden Rechtsverfolgung (§§ 10 Abs. 2, § 12) mit beanspruchen. Diese Kosten und die Ansprüche auf wiederkehrende Leistungen werden auch bei denjenigen Rechten baar gezahlt, welche nach den Vorschriften über das geringste Gebot übernommen werden (§ 49), denn diese Beträge werden nicht übernommen.

Ueber den Theilungsplan wird im Termine verhandelt. Wird gegen ihn ein Widerspruch nicht erhoben, so wird er zur Ausführung gebracht, und zwar

a) wenn der Ersteher das Baargebot an das Gericht bezahlt, durch Zahlung der auf die Berechtigten entfallenden Beträge (§ 117),

b) wenn der Ersteher das Baargebot nicht berichtigt, wenn also die Forderung (des Schuldners) auf Zahlung des Baargebotes bestehen bleibt, durch Uebertragung eines entsprechenden Theiles dieser Forderung auf die einzelnen Berechtigten. Die Uebertragung erfolgt durch Anordnung des Gerichts und wirkt, da der Berechtigte aus dem Erlöse befriedigt worden wäre, wie die Befriedigung aus dem Grundstücke (§ 118 ZwstG, § 1181 BGB). Jene Forderung gegen den Ersteher wird als Sicherungshypothek auf dem nunmehr ihm gehörigen Grundstücke (§ 90) eingetragen, und zwar für diejenigen Berechtigten und zu denjenigen Beträgen, für welche und zu welchen die Vertheilung des Erlöses erfolgt war, und mit dem Range, welchen die Berechtigten bisher hatten (§ 10); der an die Gläubiger nicht vertheilte Betrag jener Forderung wird für denjenigen eingetragen, welcher zur Zeit des Zuschlags Eigenthümer des Grundstücks war (§ 128), denn diesem hätte auch der etwaige Ueberschuß des Baarerlöses gebührt. Der Anspruch aus der Sicherungshypothek ist vollstreckbar (§§ 128, 132, 133).

Digitized by Google

Wird Widerspruch erhoben, so wird die Ausführung des Planes nur insoweit aufgehalten, als er durch den Widerspruch betroffen ist. Ist der auf das bekämpfte Recht entfallende Betrag vorhanden, so wird er hinterlegt, zugleich wird bestimmt, wie der streitige Betrag vertheilt werden soll, wenn der Widerspruch für begründet erklärt wird. Wird aber nicht binnen Monatsfrist dem Vollstreckungsgerichte nachgewiesen, daß der Widersprechende zur Geltendmachung seines Widerspruches Klage erhoben habe, so wird der Plan, auch so weit er von dem Widerspruche betroffen war, ausgeführt (§§ 115, 124 ZwstG, 876—882 CPO). Von wem der Widerspruch ausgeht und ob er sich gegen das Dasein oder den Rang eines Rechtes richtet, macht keinen Unterschied. Ein Widerspruch des Schuldners aber gegen einen vollstreckbaren Anspruch kann nur im Wege der Vollstreckungsgegenklage erledigt werden (§§ 115 Zwst. G, 767, 769, 770 CPO).

Urkunden über erloschene Rechte werden unbrauchbar gemacht; ist das Recht nur zum Theil erloschen, so wird dies auf der Urkunde vermerkt (§ 127).

Nach der Rechtskraft des Zuschlagsurtheils und Ausführung des Planes wird das Grundbuch berichtigt: der Ersteher wird eingetragen, der Versteigerungsvermerk gelöscht, die etwaigen Sicherungshypotheken werden eingetragen und die durch den Zuschlag erloschenen Rechte gelöscht (§ 130).

An das Verfahren kann sich ein Aufgebot unbekannter Berechtigter oder von Hypothekenbriefen anschließen.

§ 127. Gesammtausgebot und Gesammthypothek.

1. In einem und demselben Verfahren kann die Versteigerung mehrerer Grundstücke erfolgen, wenn sie betrieben wird entweder (§ 18),

a) wegen einer Forderung gegen denselben Schuldner oder
b) wegen eines Rechtes, welches an jedem der Grundstücke besteht, auch wenn sich diese im Eigenthum verschiedener Schuldner befinden.

Grundsätzlich erfolgt hier die Versteigerung mittels Einzelausgebotes. Auf Verlangen eines Betheiligten muß aber neben dem Einzelausgebot ein Gesammtausgebot erfolgen, weil häufig, insbesondere wenn die Grundstücke zusammen besser zu verwerthen sind als jedes für sich, das Gesammtausgebot ein besseres Ergebniß verspricht. Daher

Digitized by Google

darf denn auch der Zuschlag auf Grund des Gesammtausgebotes nur dann erfolgen, wenn das Meistgebot höher ist als das Gesammtergebniß der Einzelausgebote (§ 63). Das geringste Gebot ist für jedes einzelne Grundstück festzustellen, beim Gesammtausgebot besteht es daher aus der Summe der einzelnen geringsten Gebote, wird aber beim Einzelausgebot auf ein Grundstück ein Meistgebot abgegeben, welches das Mindestgebot für dieses Grundstück übersteigt, so erhöht sich das Mindestgebot für die Gesammtversteigerung um den Mehrbetrag (§ 63).

Ist der Zuschlag für ein einheitliches Meistgebot erfolgt, so wird eine Zerlegung des Erlöses dann nothwendig, wenn die Grundstücke durch Rechte, welche nicht mehr innerhalb des geringsten Gebotes stehen, *verschieden* belastet sind. Die Zerlegung erfolgt nach dem Werthe der Grundstücke. Bei dem auf jeden entfallenden Theile des Erlöses wird der Betrag der an diesem Grundstück bestehen bleibenden Rechte abgezogen, so daß wenn z. B. auf das Grundstück 3000 Mark entfallen, auf diesem aber Rechte im Werthe von 1000 Mark stehen bleiben, zur Vertheilung an die sonst an diesem Grundstück Betheiligten 2000 Mark verbleiben. Bleiben aber Rechte unbefriedigt, welche beim Einzelausgebot befriedigt worden wären, so erhöht sich der Erlösantheil dieses Grundstückes um den Fehlbetrag (§ 112). Dieser ist antheilig aus dem Werthantheile der anderen Grundstücke zu nehmen.

2. Der Gläubiger einer Gesammthypothek kann die Befriedigung nach seinem Belieben aus jedem der Grundstücke ganz oder zu einem Theile suchen (§ 1132 BGB). Werden also die mehreren belasteten Grundstücke in *demselben* Verfahren versteigert, so kommt bei Feststellung des geringsten Gebotes im Falle des Gesammtausgebotes die dem betreibenden Gläubiger vorgehende Gesammthypothek natürlich nur einmal zum Ansatz, während sie im Falle des Einzelausgebotes bei jedem Grundstücke voll zum Ansatz kommen müßte. Dadurch aber könnte das Einzelausgebot unmöglich werden. Das Gesetz (§ 64) verlangt deshalb den Ansatz der Korrealhypothek bei jedem Grundstücke nur zu einem dem Werthe des Grundstückes entsprechenden *Theile*, wenn ein Betheiligter einen dahin gehenden Antrag stellt. Hierdurch wird aber wiederum das Recht des Korrealhypothekengläubigers geschädigt. Daher giebt das Gesetz diesem wahlweise zwei

Digitized by Google

Mittel an die Hand, jener Art der Vertheilung entgegenzutreten:

a) er kann eine andere Art der Vertheilung verlangen, er kann also z. B. wenn nach der Werthvertheilung auf x 1000, auf y 3000 und auf z 4000 gerechnet werden sollen, verlangen, daß auf x 3000, auf y 2000 und auf z 2000 gerechnet werden; damit trifft er die in § 1132 Abs. 2 BGB bezeichnete Entscheidung, welche die Korrealhypothek in Einzelhypotheken verwandelt[1]);

b) er kann verlangen, daß bei der Feststellung des geringsten Gebotes nur die seinem Rechte vorgehenden Rechte berücksichtigt werden; damit werden die Schwierigkeiten, welche das Einzelausgebot im Gefolge hat, vermieden, dafür aber wird das Mindestgebot herabgedrückt und die Aussicht des Korrealhypothekengläubigers auf Befriedigung geschmälert. Daher müssen in diesem Falle zwei Ausgebote erfolgen: eines unter Aufnahme der Gesammthypothek in das geringste Gebot, doch unter der dem Werthverhältnisse entsprechenden Vertheilung, das andere unter Berücksichtigung nur der der Gesammthypothek vorgehenden Rechte. Da dieses Doppelausgebot nur im Interesse des Gesammthypothekars erfolgt, so ist es auch seine Sache, zu entscheiden, zu welchem Meistgebote der Zuschlag erfolgen soll. Erklärt er sich trotz Aufforderung nicht, so ist der Zuschlag für das vom Gesetze als regelmäßig gewollte Meistgebot (Aufnahme aber Werthvertheilung) zu gewähren (§ 64).

Da die vom Hypothekengläubiger selbst vorgenommene Vertheilung die Gesammthypothek umwandelt, so kann der Versteigerungserlös nur nach Maßgabe der jetzt bestehenden Einzelhypotheken ausgezahlt werden. Die vom Gericht vorgenommene Vertheilung nach dem Werthe der Grundstücke aber hat nur Bedeutung für das geringste Gebot. Sie hindert also den Gesammthypothekengläubiger nicht, bei der Vertheilung des Erlöses von seinem durch § 1132 BGB gewährten Rechte Gebrauch zu machen und also seine Befriedigung zu suchen, wo es ihm beliebt. Macht er von diesem Rechte keinen Gebrauch, so wird die Gesammthypothek bei jedem Grundstücke zu einem dem Erlöse entsprechenden Theile angesetzt (§ 122).

[1]) Dieses Vertheilungsrecht hat er natürlich in jedem Falle, auch wenn der oben bezeichnete Antrag nicht gestellt ist.

Digitized by Google

§ 128. Die Zwangsversteigerung von Schiffen[1]).

Nur die im Schiffsregister eingetragenen Schiffe stehen betreffs der Zwangsvollstreckung den Grundstücken gleich, da auch die Form ihrer Verpfändung den Grundsätzen des Immobiliarsachenrechts entspricht (§§ 1259—1271 BGB) und das Schiffsregister dem Grundbuche verwandt ist. Es gehören hierher *Seeschiffe* (§ 474 HGB) und *Binnenschiffe* (§§ 120—130 des Binnenschiffahrtsges. v. 15. Juni 1895). Aber die Gleichstellung ist keine vollständige, weil der Eigenschaft des Schiffes als beweglicher Sache Rechnung getragen werden muß. Die Abweichungen enthalten die §§ 162—170 Zwgst.G. Die wichtigste ist die, daß die Feststellung eines geringsten Gebotes fortfällt, der Erlös daher in vollem Umfange zu bezahlen ist (§ 169).

§ 129. Die Zwangsverwaltung.

Die Zwangsverwaltung ist eine Zwangsvollstreckung in die Nutzungen einer unbeweglichen Sache. Auch sie hat nur den Zweck, den betreibenden Gläubiger zu befriedigen. Da sie aber eine Befriedigung *aus* dem Grundstücke ist, zieht auch sie diejenigen am Grundstücke Berechtigten in das Verfahren als Betheiligte hinein, welche ebenfalls ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstücke haben.

Die *Anordnung* erfolgt auf Antrag des Gläubigers durch *Beschluß des Vollstreckungsgerichts* und ist zum Vortheil *eingetragener* Rechte auch dann zulässig, wenn der Schuldner nur Eigenbesitzer des Grundstücks ist. Soll die Zwangsverwaltung also wegen eines *eingetragenen* Rechtes erfolgen, so bedarf es eines gegen den Eigenbesitzer gerichteten Schuldtitels, soll sie wegen einer persönlichen Forderung angeordnet werden, so ist sie nur gestattet, wenn der Schuldner eingetragener Eigenthümer oder Erbe des Eigenthümers ist (§§ 147, 17).

Mit der Anordnung erfolgt die *Beschlagnahme*. Diese muß hier weiterreichen, als bei der Zwangsversteigerung. Denn da der Gläubiger nicht blos aus den schon vor-

---

[1]) Die Zwangsvollstreckung in das Bergwerkseigenthum richtet sich nach den Landesgesetzen. Das preuß. Gesetz vom 23. September 1899 Artt. 15—21 weicht nur in ganz geringen Punkten von dem Reichsgesetz v. 24. März 1897 ab, namentlich kommen die Grundsätze vom geringsten Gebote zur Anwendung.

Digitized by Google

handenen, sondern auch aus den erst in Zukunft zu erwartenden Nutzungen befriedigt werden soll, muß dem Schuldner die Benutzung und die Verwaltung des Grundstücks entzogen werden. Ferner erstreckt sich die Beschlagnahme auf die Grundstückserzeugnisse und die Mieth- und Pachtzinsen (§§ 148, 21). Wegen der letzteren bedarf es eines gerichtlichen Zahlungsverbotes an die Drittschuldner (§ 22). Ist das Grundstück verpachtet, so kann die Beschlagnahme nicht die Früchte, sondern nur den Pachtzins ergreifen (§§ 148, 21 Abs. 3).

Die Verwaltung geht auf einen vom Gericht bestellten Verwalter über (§§ 150—153), welcher dieselbe rechtliche Stellung hat, wie der Konkursverwalter (s. unten). Seine Aufgabe ist die, im Interesse des betreibenden Gläubigers das Grundstück so zu verwalten, wie es einer ordnungsmäßigen Wirthschaft entspricht: also „alle Handlungen vorzunehmen, die erforderlich sind, um das Grundstück in seinem wirthschaftlichen Bestande zu erhalten und ordnungsmäßig zu benutzen."

Die Nutzungen hat er zu Gelde zu machen und aus ihm

a) vorweg die Ausgaben der Verwaltung und die Kosten des Verfahrens zu bestreiten,

b) den Ueberschuß auf die in § 10 Nr. 1—5 bezeichneten Ansprüche zu vertheilen (§ 155). Die öffentlichen Abgaben hat der Verwalter selbständig zu berichtigen, die Vertheilung weiterer Verwaltungsüberschüsse an die anderen Berechtigten ist ein gerichtliches Verfahren und in diesem die Aufstellung eines Theilungsplanes erforderlich. Es bedarf nämlich der Mittheilung einer beglaubigten Abschrift des Grundbuchblattes vom Grundbuchamt an das Vollstreckungsgericht, der Anberaumung eines Vertheilungstermines durch das letztere, der Aufstellung und Feststellung des Theilungsplanes und der an den Verwalter erlassenen Anordnung, die vorhandenen und künftigen Ueberschüsse nach dem Plane an die Berechtigten zu zahlen (§§ 156, 157). In dem Termine kann von jedem Betheiligten gegen den Plan Widerspruch erhoben werden, doch ist, da der Plan für die ganze Dauer der Zwangsverwaltung festgestellt wird, der Termin nicht der äußerste Zeitpunkt zur Anfechtung des Planes; vielmehr kann eine Aenderung dieses auch dann im Wege der Klage herbeigeführt werden, wenn der Kläger

Digitized by Google

Widerspruch überhaupt nicht erhoben hatte. Aber die Aenderung des Planes wirkt nur für die Zukunft (§ 159).

Zu einer Hebung aus den Nutzungen geben die in § 10 Nr. 6—8 bezeichneten Ansprüche (d. h. die in Folge der Beschlagnahme dem Gläubiger gegenüber unwirksamen und die Ansprüche auf ältere als zweijährige Rückstände) überhaupt kein Recht. Für die Vertheilung an die anderen Berechtigten (§ 10 Nr. 1 bis 5) ist der Grundsatz bestimmend, daß die Realgläubiger nicht für ihre Ansprüche auf das Kapital, sondern nur für ihre laufenden Nebenansprüche, daß dagegen der betreibende Gläubiger auch für seinen Kapitalanspruch Befriedigung erhalten soll. Daher werden zunächst die bevorzugten Ansprüche und nach ihnen sämmtliche dinglich Berechtigte, auch wenn sie dem betreibenden Gläubiger nachstehen, mit ihren Forderungen auf wiederkehrende Leistungen, also insbesondere Zinsen, und zuletzt der betreibende Gläubiger mit seiner Kapitalforderung berücksichtigt (§ 155). Diese Regelung entspricht insofern wirthschaftlichen Grundsätzen, als die Erträgnisse einer Sache regelmäßig nur zur Deckung der laufenden Ausgaben verwendet zu werden pflegen, sie führt aber nur beim Vorhandensein bedeutender Revenüenüberschüsse auch zur Befriedigung der beizutreibenden Forderung selbst.

Die Aufhebung des Verfahrens erfolgt stets durch einen Beschluß des Gerichts. Dieser ist zu erlassen, wenn der betreibende Gläubiger befriedigt, wenn aus dem Grundbuch ein Recht ersichtlich ist, das die Zwangsverwaltung hindert, und wenn der Antrag zurückgenommen wird; er kann erlassen werden, wenn die Fortsetzung des Verfahrens besondere Aufwendungen erfordert und der Gläubiger den nöthigen Geldbetrag nicht vorschießt (§ 161).

3. Die Zwangsvollstreckung in das Gesammtvermögen. Der Konkurs.

§ 130. Begriff und Wesen.

Die KO spricht in § 72 selbst den Gedanken aus, daß das von ihr geregelte Verfahren ein Prozeßverfahren ist. Der Konkurs ist in der That ein civilprozessualisches Zwangsvollstreckungsverfahren in das Gesammtvermögen

Digitized by Google

des Schuldners (§ 1). Denn da man seinen Begriff mit Recht bestimmt[1]) als

„das gerichtliche Verfahren zum Zwecke der gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger aus dem zur völligen Befriedigung vermuthlich nicht ausreichenden Vermögen ihres Schuldners,"

ist die Befriedigung der Gläubiger das Ziel des Verfahrens und die Feststellung der Forderungen nur im Interesse der mitbetheiligten Gläubiger erforderlich.

Die Konkursgläubiger stehen nämlich in einer Rechtsgemeinschaft, denn die konkursmäßige Beschlagnahme des schuldnerischen Vermögens geschieht zu Gunsten der Gesammtheit der Gläubiger, und der prozeßrechtliche Anspruch auf gleichmäßige Befriedigung steht nur der Gesammtheit zu. An dieser Gemeinschaft ist jeder Gläubiger, der aus der Masse Befriedigung begehrt, mit einem seiner Forderung entsprechenden Antheile betheiligt, es hat daher jeder einzelne Gläubiger das Interesse, durch Verringerung der Zahl seiner Mitbewerber den eigenen Antheil zu erhöhen, und daher das Recht, der Betheiligung Anderer zu widersprechen. Macht er von seinem Widerspruchsrechte Gebrauch, so handelt er zugleich für alle anderen Konkursgläubiger (§§ 144—147 KO, s. oben S. 381). Die Folge ist die, daß wenn aus dem Kreise der Gläubiger ein Widerspruch nicht erfolgt, das Theilnahmerecht der angemeldeten Forderung feststeht, und daß wenn auch der Schuldner nicht widerspricht, die Forderung auch ihm gegenüber feststeht (s. oben S. 107, 108). Aus diesem Grunde geht der Befriedigung ein Feststellungsverfahren voran, aber da dieses nur das Theilnahmerecht zum Gegenstande hat, sind ihm auch diejenigen Forderungen unterworfen, die gegenüber dem Schuldner bereits rechtskräftig feststehen (§ 146 Abs. 6). Die Feststellung schafft einen in die Konkursmasse vollstreckbaren Schuldtitel (§ 145) und damit die Voraussetzung für die Zwangsvollstreckung.

Diese Exekution ist eine Universal- oder Generalexekution, denn sie ergreift das gesammte Vermögen des Schuldners (§ 1), sie ist stets eine Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen, denn jeder Anspruch verwandelt sich durch den Konkurs des Schuldners in eine Geldforderung (§§ 69, 70).

[1]) Seuffert: Deutsches Konkursprozeßrecht. 1899. S. 1.

Digitized by Google

§ 131. Die Konkursmasse und der Gemeinschuldner[1]).

I. Die Befriedigung der Gläubiger erfolgt aus der Konkursmasse. Diese umfaßt das gesammte, einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners, welches ihm zur Zeit der Konkurseröffnung gehört (§ 1). Hieraus folgt:

1. Dasjenige Vermögen, das der Gemeinschuldner während des Konkurses erwirbt, fällt nicht in die Masse, sondern bleibt ihm zu freier Verfügung. Die Konkursgläubiger sind auf die Masse angewiesen und können daher das später erworbene Vermögen zum Gegenstande weder der Generalexekution noch der Spezialexekution machen (§ 14). Wohl aber können die späteren Gläubiger des Gemeinschuldners ihre Befriedigung aus dem später erworbenen Vermögen suchen und daher einen zweiten Konkurs herbeiführen. Nach Beendigung des Konkurses können die in ihm ausgefallenen Gläubiger die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des früheren Gemeinschuldners wegen ihres Ausfalles betreiben, vorausgesetzt, daß sie schon vor dem Konkurse einen vollstreckbaren Schuldtitel gegen den Gemeinschuldner hatten oder einen solchen im Konkurse erlangt haben (§ 164).

2. Nur das dem Schuldner gehörige und seiner Verfügung unterliegende Vermögen gehört zur Masse. Vermögensgegenstände, die sich zwar in seiner Gewalt, nicht aber in seinem Vermögen befinden, werden aus der Masse ausgesondert. Aussonderungsberechtigt sind daher diejenigen Personen, welche ein dingliches oder persönliches (z. B. auf Leihvertrag, Verwahrungsvertrag gegründetes) Recht auf einen dem Schuldner nicht gehörenden Gegenstand haben (§§ 43—46 KO. § 771 CPO). Der Aussonderungsanspruch ist gegen den Verwalter zu richten. Sachen, die dem Schuldner gehören, aber auf Grund einer Verpflichtung des Gemeinschuldners an einen Andern herausgegeben werden sollen, bleiben in der Masse (§ 26). Fideikommiß- und Lehngüter gehören nicht in die Masse, weil der Gemeinschuldner nicht über sie verfügen kann. Zum Vermögen gehören alle

[1]) Hierüber wie über das Folgende überhaupt s. Jäger: Die Konkursordnung (Kommentar). Seuffert a. a. O. S. 76 ff. Kohler: Lehrbuch des Konkursrechts. 1891. S. 98 ff.

Digitized by Google

Rechte, welche eine Verwerthung in Geld gestatten, daher unter dieser Voraussetzung auch Urheberrechte.

Da nur das der Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen zur Masse gehört, bleiben die Gegenstände frei, die nicht gepfändet werden dürfen (§§ 811, 850, 851, 852, 859 ff CPO): der Antheil des Schuldners am gütergemeinschaftlichen Vermögen (§ 861), das Nutznießungsrecht des Ehemannes am Vermögen der Frau sowie das der Eltern am Vermögen der Kinder gehört nicht zur Masse (§§ 862, 863), mithin sind die künftigen Früchte jedenfalls, die erworbenen Früchte dann vor dem Zugriffe der Gläubiger geschützt, wenn sie zur Bestreitung der dem Gemeinschuldner gesetzlich obliegenden Verpflichtungen sowie seines eigenen Unterhaltes erforderlich sind[1]). Gegenstände die nicht gepfändet werden sollen (§ 812 CPO), gehören gleichfalls nicht in die Masse. In Folge des Grundsatzes, daß zur Masse gehört, was für die Schulden haftet, bildet das gütergemeinschaftliche Gesammtgut einen Theil der Konkursmasse des Ehemannes, während im Konkurse der Frau weder das Gesammtgut noch ihr Antheil in die Masse gehört (§ 2 KO § 740 CPO §§ 1459—1462 BGB).

II. Gemeinschuldner kann eine physische oder eine juristische Person sein (§ 213 KO), ein Verein, der nicht juristische Person ist, aber als solcher verklagt werden kann (§ 213 KO § 50 CPO), die offene Handelsgesellschaft, die Kommanditgesellschaft und die Aktienkommanditgesellschaft (§ 209 KO). Hieraus folgt, daß über jedes Vermögen ein selbständiger Konkurs eröffnet werden kann, welches für bestimmte Schulden selbständig haftet, daher nicht über das Vermögen einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes (bestritten), wohl aber über einen Nachlaß; denn die Nachlaßgläubiger haben das Recht, vor den Gläubigern des Erben aus dem Nachlasse Befriedigung zu erlangen. Das Gesetz (§ 216 KO) läßt deshalb den Nachlaßkonkurs zu, gleichviel ob der Erbe die Erbschaft angenommen oder nicht angenommen hat und ob der Nachlaß bereits unter die Erben vertheilt ist.

Die Konkurseröffnung enthält eine Beschlagnahme der Masse und bewirkt in Folge dessen eine Verfügungsbeschränkung des Gemeinschuldners. Dieser bleibt Eigen-

---

[1]) Die in § 811 Nr. 4, 9 bezeichneten unpfändbaren Sachen und das Inventar der Posthaltereien gehört zur Masse (§ 1 Abs. 2).

Digitized by Google

thümer und mittelbarer Besitzer der zur Masse gehörigen Sachen, er bleibt rechts- und geschäfts-, daher auch prozeßfähig, er kann aber zum Nachtheile der Konkursgläubiger nicht wirksam über die Masse verfügen. Das Verwaltungs- und Verfügungsrecht geht auf den Verwalter über (§ 6), welcher unmittelbarer Besitzer der einzelnen zur Masse gehörigen Sachen wird (§ 868 BGB), sobald er den Besitz der Masse als solcher ergriffen hat (§ 117 KO). Nimmt der Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung eine den Konkursgläubigern nachtheilige Rechtshandlung vor, so ist sie ihnen gegenüber unwirksam, ohne daß es der Anfechtung bedarf, anderen Personen gegenüber ist sie wirksam. Daher können die an dem Rechtsgeschäfte betheiligten Personen sich nicht auf die Unwirksamkeit des Geschäftes berufen, während die Gläubiger befugt sind, die Rechtshandlung als nicht geschehen zu behandeln. Ist Gegenstand eines solchen Geschäftes eine bewegliche Sache, so kann sich der Dritte auch auf seinen guten Glauben nicht berufen. Handelt es sich dagegen um eine unbewegliche Sache, so ist der öffentliche Glaube des Grundbuches stärker als die Verfügungsbeschränkung des Gemeinschuldners, daher ist der Dritte geschützt, wenn die Konkurseröffnung weder aus dem Grundbuch hervorging noch ihm anderweitig bekannt war (§ 7 KO. §§ 892, 893 BGB). Nimmt der Gemeinschuldner die Leistung eines Dritten an, die an die Masse hatte erfüllt werden sollen, so ist der Dritte nur insoweit befreit als das Geleistete an die Konkursmasse gekommen ist (§§ 6 ff)[1]).

§ 132. Die Konkursgläubiger.

Die Konkursmasse dient zur gemeinschaftlichen Befriedigung der Konkursgläubiger. Konkursgläubiger ist jeder, der einen zur Zeit der Konkurseröffnung begründeten persönlichen (und klagbaren) Vermögensanspruch gegen den Gemeinschuldner hat, für dessen Forderung also das Vermögen des Schuldners haftet. Konkursgläubiger sind demnach nicht:

1. diejenigen Personen, deren Forderungen nicht aus dem Vermögen des Schuldners befriedigt werden können, d. h. die sich nicht in Geld umsetzen lassen (§ 69), Schadens-

[1]) Einfluß des Konkurses auf Prozesse s. S. 139 Anmerk.

Digitized by Google

ersatzansprüche wegen Nichterfüllung einer in Geld nicht anzuschlagenden Leistung sind Konkursforderungen;

2. diejenigen Personen, welche nicht Anspruch auf Befriedigung aus dem Gesammtvermögen haben, denen vielmehr eine bestimmte Sache haftet. Denn die Sachhaftung bewirkt zum Nachtheil des Gläubigers eine Haftungsbeschränkung: der Gläubiger muß sich mit derjenigen Befriedigung, welche die Sache ermöglicht, begnügen, zum Vortheil des Gläubigers aber die Ausschließung anderer Gläubiger: der Berechtigte hat nicht nöthig, sich aus dem Vermögen des Schuldners antheilig befriedigen zu lassen, er kann aus der Sache volle Befriedigung erlangen. Gläubiger dieser Art haben ein Recht auf abgesonderte Befriedigung aus der Sache.

Absonderungsberechtigt sind

a) diejenigen, welche an Gegenständen des beweglichen Vermögens ein durch Rechtsgeschäft (§ 48), Gesetz oder Pfändung begründetes (§ 49 Nr. 2) Pfandrecht haben[1]);

b) diejenigen, welche ein mit dem Befriedigungsrechte verknüpftes Zurückbehaltungsrecht haben. Das sind

aa) die Reichskasse, die Staatskassen und die Gemeinden sowie die Amts-, Kreis- und Provinzialverbände wegen öffentlicher Abgaben in Ansehung der zurückgehaltenen oder in Beschlag genommenen zoll- und steuerpflichtigen Gegenstände (§ 49 Nr. 1),

bb) derjenige, welcher etwas zum Nutzen einer Sache verwendet hat, in Ansehung der zurückgehaltenen Sache (§ 49 Nr. 3),

cc) diejenigen, welchen nach dem HGB an gewissen Gegenständen ein Pfandrecht zusteht (§ 49 Nr. 4 KO; 369—371, 751 HGB);

c) diejenigen, welchen ein Recht auf Befriedigung aus dem unbeweglichen Vermögen zusteht (§ 47 KO),

d) die Lehen-, Stammguts- oder Familienfideikommißgläubiger (§ 52),

---

[1]) Entstehung durch Rechtsgeschäft: §§ 1205, 1206, 1260, 1274, 1280, 1292 BGB. Gesetzliche Pfandrechte: §§ 559, 581 Abs. 2, 585, 590, 647, 704 BGB, 397, 410, 421, 440, 443, 623, 674, 679, 725, 754, 755 HGB, §§ 26, 89, 97, 102 ff, 77 Ges. über die Binnenschiff. v. 15. 6. 95, §§ 22, 28 Ges. über die Flößerei v. 15. 6. 95 und §§ 20, 21 Brandungsordnung v. 17. 5. 74.

Digitized by Google

e) diejenigen, welche sich mit dem Gemeinschuldner in einem Miteigenthume, in einer Gesellschaft oder in einer andern Gemeinschaft befinden, wegen der auf ein solches Verhältniß sich gründenden Forderungen (§ 51). Gegenstand der abgesonderten Befriedigung ist hier der bei der Theilung ermittelte Antheil des Gemeinschuldners.

Die Absonderungsberechtigten nehmen am Konkurse nicht Theil, ihre Befriedigung erfolgt unabhängig vom Konkursverfahren (§ 4), denn sie stehen nicht in der oben bezeichneten Gläubigergemeinschaft. Sie melden daher ihre Forderung nicht an, ihr Recht unterliegt nicht der Prüfung im Prüfungstermine, daher auch nicht dem Widerspruche anderer Gläubiger. Da aber die Absonderung eines Gegenstandes aus der Masse und seine Verwerthung zu Gunsten eines bestimmten Berechtigten dem Interesse aller Konkursgläubiger widerspricht, so kann natürlich der Konkursverwalter dem Verlangen abgesonderter Befriedigung widersprechen und der Berechtigte sein Recht *diesem* gegenüber durchsetzen. Da ferner die Verwerthung der Sachen, an welchen ein Absonderungsrecht besteht, wegen des möglicherweise erzielten, an die Masse fallenden Ueberschusses im Interesse der Konkursgläubiger liegt, kann der Verwalter diese Verwerthung nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung oder über den Pfandverkauf auch gegen den Willen des Absonderungsberechtigten, (§ 127) und er kann ferner die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung der zur Masse gehörigen unbeweglichen Gegenstände betreiben (§ 126). Bei der Zwangsversteigerung muß das geringste Gebot alle auf Befriedigung aus dem Grundstücke gerichteten Rechte berücksichtigen, weil sie sämmtlich den Konkursgläubigern vorgehen (§ 44 Zwst. G). Diejenigen Realgläubiger aber, denen der Gemeinschuldner auch persönlich haftet, die demnach ein Interesse daran haben, festzustellen, ob und mit welchem Betrage sie bei der Zwangsversteigerung ausfallen werden und also aus der Gesammtmasse Befriedigung erlangen sollen, können verlangen, daß das geringste Gebot so bemessen werde, daß es nur die ihnen vorgehenden Ansprüche deckt (§§ 172—174 Zwst. G). Denn damit wird der Gefahr einer Unmöglichkeit der Zwangsversteigerung vorgebeugt.

Besteht nämlich *neben* der Sachhaftung die persönliche Haftung des Gemeinschuldners, so sind die Absonderungsberechtigten insoweit Konkursgläubiger, als die Sache ihnen

Digitized by Google

keine Befriedigung gewährt. Sie können daher als Konkursgläubiger am Konkurse Theil nehmen und aus der Gesammtmasse insoweit Befriedigung verlangen, als sie auf die abgesonderte Befriedigung verzichten oder bei dieser ausfallen (§ 64 KO).

Die Konkursgläubiger werden in einer bestimmten Reihenfolge befriedigt. Die innerhalb derselben Klasse stehenden Forderungen sind gleichberechtigt und werden daher antheilig befriedigt (§§ 61, 62). Allen nicht in die letzte Klasse gehörenden Forderungen steht ein Vorzugsrecht zu.

Ihnen allen gehen vor die Massegläubiger (§ 57 bis 60). Deren Forderungen entstehen erst durch den Konkurs, ihr Schuldner ist also nicht der Gemeinschuldner, sondern die Gemeinschaft der Konkursgläubiger, aber diese haften für die Masseforderungen nicht mit ihrem eigenen Vermögen, sondern mit der unter ihrer Beschlagnahme stehenden Konkursmasse; die zur Befriedigung der Massegläubiger erforderlichen Beträge werden aus der Masse vorweggenommen. Man unterscheidet Massekosten und Masseschulden. Zu den ersteren gehören die Verwaltungsunkosten und die dem Gemeinschuldner gewährte Unterstützung, zu den Masseschulden gehören die Verpflichtungen aus Rechtsgeschäften oder Handlungen des Verwalters, aus zweiseitigen Verträgen, die der andere Theil zur Masse zu erfüllen hat, und aus ungerechtfertigter Bereicherung der Masse.

Vom Konkursverfahren ausgeschlossen sind

1) die auf Gesetz beruhenden Unterhaltungsansprüche des Ehegatten, der Verwandten, der unehelichen Kinder gegen den Vater sowie die sog. Wochenbettkosten der unehelichen Mutter auf die nach der Konkurseröffnung fällig werdenden Leistungen. Denn sie erneuern sich mit dem jeweilig eintretenden Bedürfnisse und setzen auf Seiten des Unterhaltspflichtigen die Fähigkeit zur Alimentation voraus (§ 3 Abs. 2. KO. vgl. §§ 1603, 1708 Abs. 2 BGB);

2) die seit der Eröffnung laufenden Zinsen[1]);

3) die Kosten, welche den einzelnen Gläubigern durch ihre Theilnahme am Verfahren erwachsen;

4) Geldstrafen,

5) Forderungen aus einer Freigebigkeit des Gemeinschuldners (§ 63 KO).

[1]) Anders bei der Subhastation s. Zwst. G. §§ 10, 12.

Digitized by Google

Seine Forderung im Konkurse geltend zu machen, hängt vom Willen des Konkursgläubigers ab. Die Unterlassung nimmt ihm nicht die Eigenschaft eines Konkursgläubigers (vgl. § 193 KO). Daher darf auch der Gläubiger, welcher seine Forderung nicht anmeldet, den Gemeinschuldner nicht mit Arrest oder Zwangsvollstreckung verfolgen.

§ 133. Die Konkurseröffnung.

I. Voraussetzung. Ueber das Vermögen einer physischen Person kann nur dann der Konkurs eröffnet werden, wenn sie sich im Zustande der Zahlungsunfähigkeit befindet. Zahlungsunfähigkeit ist der dauernde Mangel an Geldmitteln zur Vornahme der nothwendig werdenden laufenden Zahlungen (RG. 22, 47). Ist der Mangel nur ein augenblicklicher, besteht also die Möglichkeit der Beschaffung von Mitteln, so ist nur eine Zahlungsschwierigkeit, vielleicht eine Zahlungsstockung vorhanden. Zahlungsunfähigkeit ist anzunehmen, wenn eine Zahlungseinstellung erfolgt d. i. die ausdrückliche oder schlüssige Erklärung des Schuldners, daß er nicht mehr zahlen könne (§ 102). Doch ist die Zahlungseinstellung nicht das einzige Zeichen, aus dem sich eine Zahlungsunfähigkeit erkennen läßt.

Eine weitere Voraussetzung der Konkurseröffnung ist das Vorliegen eines dahin gehenden Antrages. Der Antrag kann vom Gemeinschuldner oder von einem Konkursgläubiger gestellt werden (Form: schriftlich oder zu Protokoll. §§ 78, 79 CPO). In jedem Falle ist der Antrag zu begründen, und zwar vom Gemeinschuldner durch Einreichung eines Verzeichnisses seiner Gläubiger und Schuldner und einer Uebersicht seiner Vermögensmasse, vom Gläubiger durch Glaubhaftmachung seiner Forderung und der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners. Ist der Antrag nicht von vornherein unbegründet, so hat das Gericht den Schuldner zu hören. Räumt dieser die Zahlungsunfähigkeit oder die Zahlungseinstellung ein, so bedarf es keines weiteren Beweises; andernfalls hat das Gericht die erforderlichen Ermittelungen vorzunehmen (§§ 103—105). Dabei kann es vorläufige Sicherheitsmaßregeln anordnen (§ 106).

Ueber das Vermögen einer offenen Handelsgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft kann der Konkurs nur im Falle der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft eröffnet werden (§ 209), während gegenüber einer Aktienkommanditgesell-

Digitized by Google

schaft, einer Aktiengesellschaft, einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, einer Genossenschaft oder einer anderen juristischen Person die Konkurseröffnung zulässig ist, wenn Zahlungsunfähigkeit oder Ueberschuldung vorliegt (§§ 207, 209, 210, 213 KO § 63 Ges. v. 20. April 1892. § 98 Ges. v. 1. Mai 1889). Ueberschuldung ist vorhanden, wenn die Aktiva hinter den Passivis zurückbleiben. Wo es unmöglich oder schwierig ist, durch Zuschüsse der Mitglieder das Gleichgewicht wieder herzustellen, wächst die Ueberschuldung erfahrungsmäßig an und ist daher ein für die Gläubiger gefahrdrohender Zustand. Zur Eröffnung des Nachlaßkonkurses genügt stets Ueberschuldung (§ 215 KO), weil hier von Zahlungsunfähigkeit nicht die Rede sein kann. Nur wenn alle persönlich haftenden Gesellschafter, Vorstandsmitglieder oder Liquidatoren den Antrag stellen, liegt ein Antrag des Gemeinschuldners vor; in anderen Fällen bedarf es der amtlichen Ermittelung durch das Gericht.

Voraussetzung des Verfahrens ist ferner das Vorhandensein einer Mehrheit von Gläubigern. Das Gesetz stellt dieses Erforderniß allerdings nicht ausdrücklich auf, und das RG 11,40 (und Andere) schließt daraus den Mangel dieser Voraussetzung. An der Eröffnung einer Generalexekution besteht aber nur dann ein rechtliches Interesse, wenn die gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger gefährdet ist.

II. Die Konkurseröffnung erfolgt durch Beschluß des Konkursgerichts d. i. desjenigen Amtsgerichts, bei welchem der Schuldner seine gewerbliche Niederlassung oder beim Fehlen einer solchen den allgemeinen Gerichtsstand hat (§ 71).

Die Eröffnung kann abgelehnt werden, wenn nach dem Ermessen des Gerichts eine den Kosten des Verfahrens entsprechende Masse nicht vorhanden ist (§ 107). Der den Konkurs eröffnende Beschluß hat — wegen der Folgen welche die Konkurseröffnung auf die Verfügungsfähigkeit des Gemeinschuldners ausübt (§ 7) — die Stunde der Eröffnung anzugeben; beim Fehlen dieser Zeitangabe ist die Mittagsstunde des Beschlußtages der entscheidende Zeitpunkt (§ 108). Mit der Konkurseröffnung wird als wichtigste Handlung die Ernennung des Konkursverwalters verbunden, zugleich ein Termin zur Beschlußfassung über die Wahl eines anderen Verwalters, ferner der Prüfungstermin und die Anmeldefrist bestimmt und der sog. offene Arrest erlassen (§§ 110, 118 bis 121). Die Konkurseröffnung wird öffentlich bekannt ge-

Digitized by Google

macht und im Grundbuche sowie im Handels- (Genossenschafts-, Vereins-) Register eingetragen (§§ 111—116).

Die Konkurseröffnung bewirkt eine Beschlagnahme des schuldnerischen Vermögens; an sie die Entstehung eines Pfandrechts zu knüpfen (wie Seuffert will), dazu fehlt es an genügendem Anhalt im Gesetz und an zwingendem Anlaß: die Verfügungsbeschränkung des Gemeinschuldners erreicht denselben Zweck wie ein Pfandrecht.

§ 134. Das weitere Verfahren.

Das Ziel des Konkursverfahrens ist eine möglichst vollständige antheilige Befriedigung der Konkursgläubiger. Da zu diesem Zwecke, wie bei der Spezialexekution, die in Beschlag genommene Masse, soweit dies ausführbar, in Geld umgesetzt werden muß, bedarf es bis zur Abführung der an die Gläubiger zu entrichtenden Geldbeträge einer Verwaltung der Masse. Diese Verwaltung umfaßt die Vertheilung des Erlöses an die Gläubiger und ist Sache des Konkursverwalters. Seine Thätigkeit ist im Konkurse die wichtigste, es kann ihm deshalb zum Zwecke seiner Unterstützung und Beaufsichtigung ein Gläubigerausschuß an die Seite gesetzt werden.

Das Konkursgericht hat nicht selbst zu verwalten, auch nicht über die Zweckmäßigkeit der Verwaltungshandlungen zu entscheiden, sondern nur die Aufsicht über den Verwalter zu führen (§ 83) und deshalb nur gegen etwaige Pflichtwidrigkeiten des Verwalters einzuschreiten. Das Gericht hat ferner die Aufgabe, das allgemeine Interesse an der gesetzmäßigen Durchführung des Konkurses zur Geltung zu bringen, insbesondere auch gegenüber der Majorität der Gläubiger (§ 99). Da das Konkursverfahren eine Art der Zwangsvollstreckung ist, die Theilnahmerechte der Gläubiger aber erst innerhalb des Konkursverfahrens festgestellt werden, liegt dem Konkursgerichte die Sorge für die gesetzmäßige Feststellung der Konkursforderungen ob. Das Verfahren ist, nachdem es auf Antrag eröffnet worden, ein dem Parteibetriebe entzogenes, vom Konkursgerichte geleitetes Offizialverfahren.

Die Entscheidungen dieses Gerichts erfolgen ohne mündliche Verhandlung, sind von Amtswegen zuzustellen, unterliegen grundsätzlich der sofortigen Beschwerde (§ 73). Eine Entscheidung des Beschwerdegerichts wird erst mit der Rechtskraft wirksam (§ 74).

Digitized by Google

Der Gang des Verfahrens ist gegenüber dem gemeinen Recht[1]) ein sehr einfacher. Gleichzeitig mit der Eröffnung ernennt das Gericht den Verwalter, bestimmt einen Termin, in welchem die Gläubiger einen andern Verwalter bestellen können, setzt für die Anmeldung der Forderungen, welche im Konkurse geltend gemacht werden sollen, eine von zwei Wochen bis zu 3 Monaten zu bemessende Anmeldefrist fest und beraumt den allgemeinen Prüfungstermin an (§§ 110, 138). Jene beiden Termine können verbunden werden.

Die Anmeldefrist ist keine Ausschlußfrist. Wer sie versäumt, trägt die Kosten eines neuen Prüfungstermines und die Gefahr, bei den Vertheilungen zu spät zu kommen (§§ 142, 155). Die Anmeldungen geschehen schriftlich oder zu Protokoll des Gerichtsschreibers; Betrag, Grund und Vorrecht der Forderung sind anzugeben, etwaige Beweisstücke beizufügen. Die Forderungen werden bei Gericht in eine Tabelle eingetragen, welche ebenso wie die Anmeldungen selbst den Betheiligten zur Einsicht offen liegt (§§ 139, 140).

Der Prüfungstermin dient der Erörterung und Feststellung der Forderungen und demnach der Theilnahmerechte. An dieser Prüfung sind unter Leitung des Gerichts die Konkursgläubiger, der Gemeinschuldner und insbesondere der Verwalter betheiligt. Sie erstreckt sich auf alle angemeldeten Forderungen, gleichviel ob der anmeldende Gläubiger anwesend ist oder nicht. Festgestellt ist eine Forderung für den Konkurs, wenn ihr weder von einem Gläubiger — welcher selbst eine Forderung angemeldet hat — noch vom Verwalter Widerspruch entgegengesetzt wird. Der Widerspruch braucht nicht begründet zu werden und hat die Wirkung, daß die von ihm betroffene Forderung entweder überhaupt nicht oder nicht mit dem angemeldeten Betrage oder nicht mit dem beanspruchten Vorrecht am Konkurse Theil nehmen kann (§ 152). Der Widerspruch kann jedoch beseitigt, die Forderung also festgestellt werden, aber nur im Wege einer von dem Gläubiger gegen den Widersprechenden zu erhebenden Klage. Das Ergebniß der Prüfung wird vom Gerichte sofort in die Tabelle eingetragen, und die Eintragung einer festgestellten Forderung hat die Bedeutung eines vollstreckbaren Schuldtitels gegenüber den Konkursgläubigern, also die

[1]) Band 2 Heft 3 dieses Werkes.

Digitized by Google

einer rechtskräftigen Feststellung des Theilnahmerechts. Der Widerspruch kann nur im Termine erhoben werden (§§ 141 ff.).

Da auch der Rang der Forderung geprüft und beim Fehlen eines Widerspruches festgestellt wird, vereinigt das von der KO vorgeschriebene Verfahren die Eigenschaften des früheren Liquidations- und Prioritätsverfahrens.

Ein zweiter Prüfungstermin kann stattfinden, wenn nachträglich Forderungen angemeldet werden.

Dem Gericht liegt schließlich ob, die Schlußvertheilung zu genehmigen (§ 161), zur Abnahme der vom Verwalter zu legenden Schlußrechnung einen Termin zu bestimmen, den sog. Schlußtermin (§ 162), und darauf die Aufhebung des Verfahrens zu beschließen (§ 163).

Der Zweck dieser Verwaltung ist aber nicht eine Erhaltung, sondern die Umsetzung des schuldnerischen Vermögens in Geld und daher, wie die Liquidation des Vermögens einer Gesellschaft oder eines Vereins, die Lösung der Rechtsverhältnisse, in denen der Schuldner gestanden hat. Nur mit Rücksicht auf dieses Ziel können neue, durch das Konkursverfahren bedingte Rechtsverhältnisse neu begründet werden. Aufgabe des Verwalters ist daher die möglichst vortheilhafte Verwerthung derjenigen zur Masse gehörigen Gegenstände, welche einen Umsatz in Geld überhaupt zulassen (§§ 133, 134); daher ist er befugt, anhängige Prozesse aufzunehmen, Vertragsverhältnisse zu kündigen oder ihre Erfüllung zu verlangen und die Masse durch Ausübung des den Gläubigern zustehenden Anfechtungsrechtes zu erweitern (§§ 10, 11, 17—23, 36).

Ueber die Rechtsstellung des Konkursverwalters (wie die des Zwangsverwalters) herrscht lebhafter Streit[1]). Während die Einen in ihm ein vom Staate eingesetztes Rechtspflegeorgan erblicken, bezeichnen ihn die Andern als einen Vertreter, und unter diesen wieder die Einen als Vertreter der Gläubiger, die andern als Vertreter des Schuldners. Beide Auffassungen sind einseitig. Allerdings ist es der Staat, der dem Schuldner das Verwaltungs- und Verfügungsrecht entzieht; der Verwalter kann also nicht den Schuldner vertreten, denn man kann nicht Rechte ausüben, die nicht bestehen. Auch ist es der Staat,

[1]) Die verschiedenen Ansichten bei Jäger a. a. O. zu § 6. Neuestens Lippmann in Iherings Jahrb. Bd. 41.

Digitized by Google

der das Verwaltungsrecht, das er dem Einen nimmt, einem Andern überträgt. Aber er überträgt es auf den Verwalter zum Zwecke der Durchführung privater Rechte: der Konkursverwalter übt demnach im Interesse der Gläubigerschaft das ihm vom Staate übertragene Recht, die Konkursmasse zu verwalten, mit der Verpflichtung aus, die Interessen aller Betheiligten zu wahren (§ 82). Daß der Verwalter damit nicht Beamter wird, bedarf keiner Erörterung, da er aber auf Grund staatlicher Bestellung handelt, ist er dem Staate gegenüber d. h. öffentlich-rechtlich (§§ 83, 84), und da er auch im privaten Interesse der Betheiligten handelt, so ist er diesen gegenüber d. h. privatrechtlich (§ 82), verpflichtet.

Die Gläubiger werden zu einer Gemeinschaft verbunden; deshalb kann man von Gläubigerschaft reden. Ein Rechtssubjekt aber ist diese Gemeinschaft nicht. Da der Verwalter ihre Interessen, nicht ihre Rechte, ausübt, haben sie durch Gläubigerausschuß und Gläubigerversammlung Einfluß auf die Verwaltung. Dritten gegenüber aber ist der Verwalter kraft seiner staatlichen Bestallung doch der einzige Berechtigte (§ 136).

§ 135. Die Beendigung des Konkurses, insbesondere der Zwangsvergleich.

Die KO unterscheidet Einstellung und Aufhebung des Konkursverfahrens.

I. Einstellung erfolgt in Fällen, in denen die Gläubiger weder ganz noch mit einem Theile ihrer Forderungen befriedigt sind, also

1. wenn der Gemeinschuldner nach Ablauf der Anmeldefrist mit Zustimmung aller Konkursgläubiger, welche Forderungen angemeldet haben, die Einstellung beantragt. Der Antrag wird öffentlich bekannt gemacht, jeder Konkursgläubiger kann widersprechen, Gemeinschuldner und Verwalter sind zu hören. Darauf beschließt das Gericht über die Einstellung (§§ 202, 203);

2. wenn sich ergiebt, daß eine den Kosten des Verfahrens entsprechende Masse nicht vorhanden ist; das Gericht soll die Gläubigerversammlung hören und alsdann über die Einstellung beschließen (§ 204).

II. Aufhebung erfolgt, wenn das Konkursverfahren zu einer Befriedigung der Gläubiger, wenn auch nur zum Theile, geführt hat.

Digitized by Google

1. Sein natürliches Ende findet der Konkurs mit der Vertheilung der Masse an die Gläubiger. Denn in diesem Falle ist der Konkurs durchgeführt (§§ 163, 164).

2. Es kann ihm aber auch ein früheres Ende bereitet werden durch einen Zwangsvergleich. Zwangsvergleich ist die vom Schuldner abgegebene Erklärung, die nicht bevorrechtigten Gläubiger bis zu der von ihm selbst angegebenen Grenze zu befriedigen, gegen den von der Mehrheit der Gläubiger beschlossenen Verzicht auf ihre Rechte aus dem Konkursverfahren und auf weitergehende Befriedigung. Obwohl der Zwangsvergleich nur wirksam wird, wenn er durch gerichtlichen Beschluß bestätigt wird, so ist es doch unrichtig, ihn als Urtheil zu bezeichnen (Schultze). Zu weit geht aber nach der anderen Seite die herrschende Lehre, die in ihm einen Vertrag zwischen den Gläubigern und dem Gemeinschuldner erblickt. Denn über die Annahme des Vergleiches entscheidet ein Mehrheitsbeschluß der Gläubiger, und dieser Beschluß bindet nicht nur die Gläubiger, die sich in der Minorität befunden, sondern auch die Gläubiger, die gar nicht am Konkurse Theil genommen haben. Um einen Vertrag konstruiren zu können, muß man deshalb die Gläubigerschaft zu einer juristischen Gesammtheit gestalten. Richtiger ist es, den Majoritätsbeschluß und die auf ihn gegründete richterliche Entscheidung als diejenige Vorbedingung zu bezeichnen, unter welcher die einseitige Willenserklärung des Gemeinschuldners verbindlich wird[1]).

Voraussetzung des Zwangsvergleichs ist demnach

a) ein Vergleichsvorschlag des Schuldners. Zulässig ist der Vorschlag nach der Beendigung des allgemeinen Prüfungstermines und vor der Genehmigung der Schlußvertheilung. Er muß angeben, in welcher Weise die Gläubiger befriedigt und ob und in welcher Weise sie sichergestellt werden sollen (§§ 173, 174);

b) die Zustimmung der Mehrheit der Gläubiger. Diese Majorität besteht einmal in der einfachen Mehrheit der im Termine anwesenden Gläubiger und ferner darin, daß die Gesammtsumme der von den zustimmenden Gläubigern angemeldeten Forderungen drei Viertheile der Gesammtsumme aller überhaupt stimmberechtigten Gläubiger ausmacht (§§ 182, 183).

[1]) So wohl auch Löhr, Zschft. f. CP. 16, 387 ff.

Digitized by Google

Die gerichtliche Bestätigung ist rechtspolizeilicher Natur: sie hängt nicht nur von dem Vorhandensein der vom Gesetze aufgestellten allgemeinen Erfordernisse, sondern auch davon ab, daß der Zwangsvergleich keine Benachtheiligung einzelner Gläubiger zur Folge hat und daß er die gemeinsamen Interessen aller Gläubiger wahrt (§§ 184—188).

Der Zwangsvergleich berührt nur die nicht bevorzugten Konkursforderungen, muß aber nach dem von der KO angenommenen Gleichheitsprinzipe diesen gleiche Rechte gewähren. Werden diese Forderungen prozentual herabgemindert, so geht für die Gläubiger nicht blos das prozessualische Recht, aus dieser Konkursmasse Befriedigung zu suchen, sondern auch der privatrechtliche Anspruch auf den nachgelassenen Betrag verloren. Indessen wirkt der Erlaß nur zu Gunsten des Gemeinschuldners selbst, während die bisher schon verpflichteten Mitschuldner und Bürgen auf den vollen ursprünglichen Betrag verhaftet, und die Pfand- und Hypothekenrechte an Gegenständen, welche zur Masse gehören, unberührt bleiben. Der Zwangsvergleich kann ferner neue Rechte gewähren gegen Personen, welche sich neben dem Gemeinschuldner mit verpflichten, und gegenüber Sachen, welche für die durch den Zwangsvergleich begründeten Schulden verpfändet werden, und er gewährt immer ein wichtiges prozessualisches Recht, denn er bildet einen vollstreckbaren Schuldtitel gegen diejenigen Personen, welche durch ihn Pflichten übernommen haben (§§ 193, 194).

Der Zwangsvergleich kann nicht mit der Behauptung angefochten werden, daß er nicht erfüllt worden sei. Wird der Gemeinschuldner wegen betrüglichen Bankerotts bestraft, so tritt der in ihm gewährte Erlaß für alle Gläubiger ohne weiteres außer Kraft; ist er durch Betrug zu Stande gebracht, so kann jeder Gläubiger den von ihm gewährten Erlaß anfechten; immer aber bleiben die durch den Zwangsvergleich gewährten Rechte bestehen (§§ 195—197).

4. § 136. Die vorweggenommene Zwangsvollstreckung.

Die sogen. anticipirte Zwangsvollstreckung, welche in der Erwirkung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung enthalten ist, gewährt nur Sicherung, niemals ein Recht auf Befriedigung. Wird also wegen einer Geldforderung ein dinglicher Arrest vollzogen, so entsteht nur ein Pfandrecht oder eine Vormerkung.

Digitized by Google

Sachregister

Die außer der Reihe vorangesetzten Seitenzahlen verweisen auf die Hauptstelle.

„Abänderung" des Urtheils 361
Abgabe, öffentl. 456, 462
abgesonderte Befriedigung 468, 140, 423
„abhängig sein" 331, 304
Abkürzung (Fristen) 135
Ablehnung 20, 312 (Richter); 25 (Gerichtsschr.)
Abschrift 213 (Zustell.) 278 (Urkundenbeweis)
absolutio ab actione 241, 321
„ ab instantia 176, 191, 227, 236, 241, 321, 378
„ a limine 226
Abstimmung 17, 18, 24, 128
Abtretung v. Rechten, Einfluß auf d. Prozeß 228; vgl. Meistgebot
Abweisung (Klage) 241; als unstatthaft 102, 253
accusatio contumaciae 315
actio confessoria 45, 202
„ hypothecaria 422
„ negatoria 45, 202
„ Pauliana 43, 44
actor sequitur forum rei 39
actore non probante reus absolvitur 348
Advokatur, freie 27
Agrargerichte 11
Aktiengesellschaft (Aktien-Kommanditges.), Aufhebung ein. Gen.-V.-Beschlusses 36, 49, 330, 380; Konkurs 472
Aktivlegitimation 251
Alimentenansprüche vgl. Unterhalt
Alternativantrag 226
Amortisation vgl. Kraftloserklärung
Amtsgericht: Anträge 328, Beschwerde 373, Besetzung 17, Einlassungsfrist 132, Geschäftsvertheilung 11, 15, Klagerhebung 222, Kostenfestsetzung 353, Protokoll 153, Rechtshilfe 51, Sühne 98, Verfahren 91, Vergleiche 391, Zustellung 213, Zuständigkeit 32, 34, 237; 110, 105; 32, 401, 448; 121; 472
Amtsrichter 14, 16
Amtswegen, Berücksichtigung von A: vgl. Augenschein, Beweisaufnahme, Entmündigung, Ehesachen, Fragerecht, Kindschaftssachen, Kosten, Legitimation, Rechtsweg, Sachverständiger, Vertagung, Vollmacht, Zulässigkeit des Rechtsmittels u. s. w., Zuständigkeit, Zustellung
Aenderung der Berufungsanträge 359; von Entscheidungen 355; der Klage 232, 99, 155, 245, 360
Androhung ein. Nachtheils 315
anerkennen 247, 248
Anerkenntniß 56, 152, 156, 168, 205
Anerkenntnißurtheil 257 (Anfechtung), 338 (Theilurtheil), 389 (Vollstr.)
Anfechtbarkeit der Entscheidungen 354, 358, 370

Digitized by Google

Anfechtungsklage 117, 36, 384 (Aufgebot); 112, 36, 127, 384 (Entmündig.); 43, 44, 419 (Rechtshandlungen); vgl. Aktiengesellschaft
„angebrachtermaßen" 236
Angriffs- und Vertheidigungs-Mittel 260, 78, 79, 94, 148, 261, 304, 329, 341
Anhängig vgl. Rechtshängigkeit
Anlagen 152
Anmeldefrist 472, 474
Ankündigung d. Pfändung 428
Anlagen 152
Anmeldefrist 472, 474
Anmeldung von Rechten 451 (Zwangsverst.) 471 (Konkurs)
Annahme (Eid) 295, 363
année d'épreuve 99
Anordnung der Zwangsverst. 448, 449; d. Zwangsverwalt. 461
Anordnungen d. Vollstreckungsgerichts 401, 36, 448
Anschlußberufung 363
Anschlußpfändung 426
Anspruch 148, 362, 376; nach Grund u. Betrag streitig 358, 362
Antizipirung des Beweisantritts 77; vgl. Zwangsvollstreckung
Anträge 156, 242, 150, 152, 155, 171, 225, 233; 92 (sachdienl.); 82, 92 (Verlesung)
Anwalt, Zustellung von A. zu A. 219
Anwaltskammer 29
Anwaltsprozeß, Anwaltszwang, 162, 401, 133, 26, 48, 82, 91, 93, 129, 137, 150, 161, 200, 211, 213, 328; vgl. Rechtsanwalt
Arbeitslohn (Pfändung) 430
Armenanwalt 28, 91
Armenrecht 354, 373, 33, 82, 91, 181, 205
Arrest: Anordnung 121; Ansprüche 122, 124, 404; Befehl 121, 392, 394; Gericht 121; Gesuch 378; Grund 122, 124; Vollziehung 125, 423
Arrest, offener 472
arrestatorium 427
arresti forum 42
Arrestverfahren 119, 97, 149, 181, 189, 248, 333, 356, 365, 390, 478
Arzt (Zeuge) 287; (Pfändung) 431
assertorischer Eid 284
Aufenthalt, Gerichtsstand 40
Aufforderung zur Anmeld. v. Rechten 450, z. Bestell. ein. Anwalts 167
Aufgabe zur Post, Zustellung 218, 216
Aufgebot 115
Aufgebotsfrist, Aufgebotstermin 116
Aufgebotsverfahren 114, 3, 8, 35, 97, 138, 315, 384, 458 (Zwangsverst.)
Aufhebung 125, 390 (Arrest); 113 (Entmündig.); 8 (Gemeinschaft); 476, 475 (Konkurs); 385 (Schiedsspruch); 131 (Termin); 361, 369, 385 (Urtheil); 408, 449, 463 (Zwangsvollstr.) vgl. Oeffentlichkeit
Aufklärung des Sachverhalts 327, 146
Auflösung vgl. Gesellschaft m. b. Haftung
„Aufnahme" des unterbrochenen ꝛc. Verfahrens 139
Aufrechnung 330, 339
„aufrecht erhalten" 325
aufschiebende Wirkung 374
Auftrag a. d. Gerichtsvollzieher 400
Augenschein 269, 126, 153, 158, 181, 313, 329; 329, 37 (von Amtswegen)
Ausbildung vgl. Vorbereitungsdienst
Ausbleiben der Partei 58, 320, des Schwurpflichtigen 298
Auseinandersetzung vgl. Bestätigungsbeschluß, vorbereitendes Verfahren
Ausfall 470 (Konkurs); 445 (Zwangsversteigerung)
Ausfertigung 213, 280. 23, 89
„ vollstreckbare 393, 399, 414
Ausgebot, doppeltes 453, 460
Aushang (Urtheilsverzeichniß) 88
Auslagen 351
Ausland 63 (Beweisaufnahme); 92 (Einlassungsfrist); 132 (Einspruchsfrist); 244 (Recht); 390 (Urtheil); 105, 219 (Zustellung)
Ausländer 63, 333
Ausnahmegerichte 11
Ausschließung, Grundeigenthümer, Hypothekengläubiger ꝛc. 118
Ausschluß 25 (Gerichtsschreiber); 26 (Gerichtsvollzieher); 29 (Rechtsanwalt); 20 (Richter)
Ausschlußfristen 133
Ausschlußurtheil 3, 116, 380

Digitized by Google

Aussetzung d. Verhandlung, des Verfahrens 137, 331, 59, 99, 117, 196, 297
Aussöhnung (Ehesachen) 99, 138
Aussonderung 465, 140

Baargebot 444, 452, 456
Bankerott 478
Bauschgebühr 30
Beamter 431 (Vollstreckung); 286 (Zeuge) vgl. Reichsbeamte, öffentl. Urkunde
beauftragter Richter 22, 81, 84, 85, 94, 126, 127, 143, 164, 169, 280, 283, 309, 327, 371
bedingtes Urtheil 308, 336, 211, 304, 312, 389, 393
Bedingung (Beweislast) 254
Befangenheit des Richters 20
Beglaubigung 280 (Begriff); 214,92 (Zustellung); 230 (Urkunden)
Behaupten, Behauptungslast 243, 348
Behörde 216 (Partei); 271 (Urkunden); 279 (Vorlegung v. Urkunden)
Beichtgeheimniß 287
Beiladung 195 (Streitgenossen)
Beiordnung 354 (Gerichtsvollz.); 82, 164, 181, 205, 354 (Rechtsanwalt)
Beischlaf, außerehel. 35, 41
beisitzender Richter 154, 171
Beistand 202, 98, 152, 206
Beitritt 197 (Nebenintervenient); 444, 446 (Gläubiger)
Bekanntmachung, öffentliche 116 (Aufgebot); 472 (Konkurs); 219, 105 (Zustellung); 450 (Zwangsverst.)
Beklagter 187, 189
beneficium excussionis realis 418.
Berathung 17, 24, 83, 128, 147
Bergwerkseigenthum, Vollstr. 441, 461
Berichterstatter 18, 146, 151
Berichtigung 458 (Grundbuch); 17, 88, 156, 355 (Thatbestand); 355 (Urtheil)
Berufsrichter 12
Berufung 357, 89, 93, 94; Anträge 359, 90; Frist 359; Gewerbegerichtssachen 11; Rheinschifffahrtssachen 11; Berufungsschrift 359, 90, 166; in Strafsachen 27; vgl. Aenderung;
Beschädigung eines Grundstücks (Gerichtsst.) 46
Beschlagnahme 421, 446, 449, 461, 466, 473
Beschluß 335, 174, 127, 211, 370, 401, 454, 472, vgl. Editionseid, Gründe
Beschränkung des Prozeßstoffs 148
Beschwerde 370, 23, 52, 391, 394; einfache 372, 375, 48, 80, 115, 122, 138, 227, 289, 353, 355; sofortige B. 373, 375, 21, 111, 114, 116, 138, 200, 280, 318, 324, 353, 355, 358, 402, 406, 455, 473; weitere 371
Beschwerde-Gegenstand 38, 365; B. Gericht 373; B. Grund 371; B. Schrift 373, 166
Besetzung d. Gerichte 15, 17, 20
Besitzer vgl. Urheberbenennung
Besitzklage 45, 253
Bestätigungsbeschluß 392 (Auseinandersetzung); 477 (Konkurs)
Bestehenbleiben von Rechten 444
Bestimmung d. zust. Gerichts 47, 164
Bestreiten 254; d. Konkursford. vgl. Widerspruch
Betheiligte 435; 446, 450, 454, 461 (Gläubiger); 285 (Zeugen)
Betheiligung Dritter am Rechtsstreite 196 fg.
„betreibender Gläubiger" 463, 444, 445, 446, 447, 451, 457, 462
Beugezwang 413
Bevollmächtigte vgl. Prozeßbevollmächtigte
bevorrechtigte Forderungen 470
Beweis, beweisen 209, 265
Beweisantritt 275, 307, 77; Beweisaufnahme 269, 77, 80, 143, 157, 164, vgl. Ausland
Beweisbeschluß 334, 279, 304, 308 84, 86, 169, 174, 355, 374
Beweiseinrede 260
Beweisführer 335
Beweisgrund 268
Beweiskraft 268, 156
Beweislast 348, 63, 295, 334, 363
Beweismittel 268, 261, 269 (Urkunde); 281 (Zeugen); 291 (Parteieid) vgl. Augenschein, Sachverständige

Digitized by Google

Beweismittel, Beschränkung (Vollstr.) 395, 415 vgl. Ehesachen
Beweisregel 346, 278, 293
Beweissicherung 181, 312
Beweisverbindung 77, 260
Beweisverträge 61
Beweiswürdigung 344, 174, 293, 329
Bezugnahme auf Schriftsätze 173
Binnenschiffe, Vollstr. 461
Börsengesetz 49, 72
Briefhypothek, Vollstr. 427, 433, 458
Buchhypothek, Vollstr. 427, 433
Bundesamt f. d. Heimathswesen 9
Bundesrath (Gerichtsstd. d. Mitgl.) 53
Bürge (Zwangsvergleich) 478
bürgerliche Rechtsstreitigkeiten 4, 65
Buße 59, 392

Cäsur des Verfahrens 78
causa expressa 224
cedendo, pactum de non (Vollstr.) 430
Cedent (Zeuge) 285; Cession vgl. Abtretung, Meistgebot, Nebenintervention
Civilkammern 14 vgl. Landgericht
Civilprozeß, Begriff 54, 1
Civilprozeßordnung 70
Civilsenate vgl. Oberlandesgericht, Reichsgericht
compromissum vgl. Schiedsvertrag
condemnatio pecuniaria 411
Credulitätseid vgl. Ueberzeugungseid

Deckoffiziere (Pfändung) 431
Deckungssystem 443, 445
Deduktionen 244, 254
deklaratorische Urtheile 376, 380
Delation, Delat, Deferent vgl. Zuschiebung des Eides
Devolutivwirkung 356
Dienstalter 20, 68, 154, 171 vgl. Abstimmung
Dienstaufsicht vgl. Landesjustizverwaltung
Diensteinkommen (Pfändung) 431
Dienstlohn (Pfändung) 430
Dienstvertrag (Streitigkeiten) 35, (Urtheil) 390, 393, 412
difformes duae sententiae 371
dingliche Haftung 415, 440
dinglicher Gerichtsstand 45, 47, 49, 53, 448
Dispache 392
Dispositionsmaxime 56, 62, 97, 242, 346
Dispositives Prozeßrecht 55
Disziplinarverfahren 67 vgl. Ehrengericht
Dolmetscher 152, 161
dringende Fälle 121 (einstw. Verfüg.); 373 (Beschwerde); 409 (Vollstr.)
„Dritter" (Vollstr.) 407, (Zeuge) 282
Drittschuldner 426, 431, 432, 433, 434, 462
Duldung (Urtheil auf) 403, 413
Duplik 260

Echtheit (Urkunden) 271, 279, 180, 249
Editionseid 277, 334
Editionspflicht 276
Ehe, Klage auf Eingehung 393
Ehegatte (Zeuge) 286
Ehelichkeit, Anfechtung 62 vgl. Kindschaftssachen
Ehesachen 98, 22, 30, 49, 62, 97, 123, 130, 138, 210, 258, 322, 328, 388
Ehescheidung vgl. Scheidungsklage
Eheschließung (Zeugniß) 288
Ehrengericht, Ehrengerichtshof für Rechtsanwälte 29
Ehrenrechte, bürgerliche (Zutritt zu öffentl. Verhdl.) 128
Eid: Dolmetscher 161; Parteieid: zugeschobener 291, 58, 59, 64, 85, 100, 347, 401; richterlicher 310, 374; Sachverständiger 84; Zeuge 283, 84, 290 vgl. Editionseid, Einschränkung, Erklärung, Offenbarungseid
Eidesformel 292, 308
Eidesleistung 144, 158, 161, 296, 363
Eidesmündigkeit (Zeuge) 284
Eidesnorm 292
Eidespflicht (Verletzung) 292, 297, 303
Eidesstatt, Versicherung an E. 116, 312
Eidesurtheil vgl. bedingtes Urtheil
Eidliche Schätzung 346

Digitized by Google

Eigenbesitzer (Zwangsverwaltung) 461
Eigenthümerhypothek 442
Eingang des Urtheils 170
Eingangsvermerk 212
eingebrachtes Gut (Vollstr.) 420, 431
eingetragene Rechte (Vollstr.) 448, 461 vgl. Betheiligte
Einheit d. mündl. Verhandlg. 77, 260, 321
Einlassung 221, 236, 314
Einlassungsfrist 132, 82, 92, 98, 102, 320
Einleitung der mündl. Verhandl. 242
Einrede 79, 148, 255 vgl. prozeßhindernde E.
Einschränkung der Eide 300
Einspruch 324, 89, 95, 107, 166, 215, 318, 356, 361, 407, 409
Einspruchsfrist 132, 316
Einstellung 476 (Konkurs); 408 (Zwangsvollstr.)
Einstweilige Verfügung vgl. Arrest; Unterschiede 120, 121, 123; in Ehesachen 123, 389
Eintragung 427, 433, 455, 458, 473 (Grundbuch vergl. Zwangshypothek); 473 (Handelsregister); 108 (Konkurstabelle)
Einwandsklage vgl. Vollstreckungsgegenklage
Einwendungen 255; gegen den durch Urtheil festgest. Anspruch vgl. Vollstreckungsgegenklage; geg. d Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel 404, 409; gegen die Zwangsvollstreckung vgl. Erinnerungen
Einzelrichtersystem 14, 12
Einziehung (Ueberweisung zur) 432
Elbzollgerichte 10
Elemente des Urtheils (Rechtskraft) 377
elterliche Gewalt, Elternverhältniß (Klage auf Feststellung) vgl. Kindschaftssachen
emendandum, Zurückgabe ad e. 226
Endurtheil 337, 94, 148, 170, 192, 388, vgl. Urtheil
Enteignung, Entschädigungsklage 46
Enterbung in gut. Absicht (Vollstr.) 432
Entmündigungsverfahren 109, 384, 8, 30, 35, 49, 62, 97, 127, 130, 211, 258
Entschädigung (Zeuge) 291, vgl. Gebühren
Entscheidung 135, 335, 401; Gründe 171, 169; Verkündung 139, 169
Erbbaurecht (Vollstr.) 441
Erbfolge (Vollstr.) 398, 416
Erbschaft (Gerichtsstand) 42
Erfüllungseid 310
Erfüllungsort (Gerichtsstand) 44
Ergänzung des Urtheils 101, 351, 355
Ergänzungsrichter 17
Erheblichkeit von Thatsachen 344
Erinnerung: gegen Kostenansatz 353; g. Vollstreckung 405, 423, 425, 430
erkennendes Gericht 127, 142
Erklärung (E.-Pflicht) auf Behauptungen 256, 362; über Echtheit v. Urkunden 271, 362; auf Eideszuschiebung 153, 156, 295, 307, 362
Erklärung des Drittschuldners 433
Erlassen des Eides 297, 305, 311
Erlöschen von Rechten (Zwangsverst.) 445
Ermittelungen (Konkurs) 471
Ersatzzustellung 207, 316
Erscheinen, persönliches 328, 163, 320
Erstattung der Kosten vgl. Kosten; Einrede 238, 240
Ersteher (Zwangsverst.) 450, 455
ersuchter Richter 51 vgl. beauftragter Richter
Eventualantrag 226, 410
Eventualmaxime 78
Eventuelle Klaghäufung 252
Exceptio male gesti processus 199
„ plurium consortium 194
„ rei in judicium deductae, rei judicatae 379
Excipiendo reus fit actor 348
executio ad faciendum 411
Exekutionsintervention vgl. Widerspruchsklage
Exekutorische Urkunden vgl. vollstreckbare U.
Exterritoriale 53; Gerichtsstand 40

Fakultative mündliche Verhandlung 149, 146

Digitized by Google

Fälligkeit (Klage vorher) 247
Fälschung (Protokoll) 274
Familienverhältnisse (Zeugniß) 288
Feiertage vgl. Sonntage
Ferienſachen 54, 135
Feſtſetzungsbeſchluß (Koſten) 215, 353, 391, 396, 397
Feſtſtellung 1, 2, 32, 75, 141, 201, 245, 247, 393
Feſtſtellung der Ehelichkeit, des Elternverhältniſſes vgl. Kindſchaftsſachen
Feſtſtellung einer Konkursforderung 474, 392, 108, 364, 381
Feſtſtellungsklage (Urtheil) 248, 2, 44, 376, 378; negative 251, 181, 185; poſitive 249, 180
Fideikommißgüter (Konkurs) 465, 468
Filiationsklage 97 vgl. Kindſchaftsſachen
Firma 191
Fiskus 40 (Gerichtsſtand); 65 (Rechtsweg) vgl. Reichsbeamte
Flößereiabgaben 36
Forderung, Vollſtreckung 401, 426
Forderungsprätendenten 201, 382
Formel des Eides vgl. Eid
„Förmlichkeiten" 154
Formvorſchriften 175, 217
Fortſetzung d. mündl. Verhandl. 83 87, 131, 209
forum arresti 42
„ delicti commissi 44
„ gestae administrationis 43
„ reconventionis 46
„ rei sitae 45
Fragen an Zeugen etc. 85
Fragepflicht, richterliche 327, 344
Franzöſiſcher Prozeß 25, 209, 228, 264, 399
Franzöſiſches Recht (reviſibel) 367
Freigebigkeit (Konkurs) 470
Freiheit von einer Pflicht 245
Freiwillige Gerichtsbarkeit 6, 440
Friſten 131, 54, 55, 139, 220; eigentliche: geſetzliche 106, 107, 112, 116, 125, 317, 384, 396, 428, 433, 435, 436, 438, 450, 451, 453, 458; richterliche 121, 124, 150, 192, 278; — uneigentliche 88, 109, 147, 373; vgl. Nothfriſten
Früchte 466 (i. Konkurſe); 432 447 (Vollſtr.); 38 (Werth des Streitgegenſtandes)
Früchte auf dem Halme 421

Haſtwirthe, Streitigkeiten zwiſchen Reiſenden und G. 35, 390
Gebühren 25, 69, 351, 353; 44 (Gerichtsſtand); 25 (Gerichtsvollz.); 30, 33 (Rechtsanw.); 23 (Sachverſt.); 23, 291 (Zeugen)
Geburten (Zeugniß) 288
Gefährdung eines Rechts 180, 250
Gegenbeweis 350
Gegenforderung 378 vgl. Aufrechnung.
Gegenüberſtellung (Zeugen) 291
Gehalt 68, 431
Geheimhaltung (Abſtimmung) 17, 19
Geheimniß (Zeugniß) 288
Gehör der Parteien 142, 352, 356, 411
Geiſteskrankheit, Geiſtesſchwäche vgl. Entmündigung, Verſtandesſchwäche
Geiſtliche (Zeugen) 287, (Pfändung) 431
Geld (Pfändung) 424, 425
Geldforderung 120 (Arreſt); 464 (Konkurs); 426 (Vollſtr. in); 248 (Klage vor Fälligkeit)
Geldſtrafe 392, 413; 470 (Konkurs)
Geldſumme; Anſpruch auf Zahlung einer beſtimmten 100, 104, 415; 434 (Vertheilungsverf.)
Gemeindegerichte 11
Gemeinden vgl. Körperſchaft
Gemeiner Prozeß 77, 119, 226, 228, 283, 292, 310, 358, 383, 399, 474
Gemeines Recht (reviſibel) 367
Gemeinſchaft vgl. Geſellſchaft, Zwangsverſteigerung
Gemeinſchaftliche Urkunden 276
Gemeinſchuldner 465; 283 (Zeuge)
Generalexekution 464 vgl. Konkurs
Generalfragen (Zeuge) 290
Generalkommiſſionen 11
Generalverſammlungsbeſchluß, Anfechtung, vgl. Aktiengeſellſchaft
Genoſſenſchaft vgl. Aktiengeſellſchaft, Vorſchußberechnung
„Gericht" 12
Gerichte, beſondere 10, 52

Digitized by Google

Gerichtsbarkeit 2, 5, 33; ordentliche 9, 11; streitige, freiwillige 9, 6, 440
Gerichtsbestimmung 164
Gerichtsdiener 220
Gerichtsferien 54, 135
Gerichtshof zur Entscheid. v. Kompetenzkonflikten 64
Gerichtskosten 33 vgl. Kosten
Gerichtskundig vgl. offenkundig
Gerichtsort 125
Gerichtspersonen 12
Gerichtsschreiber 23, 164, 213, 371, 375, 393, 394, 12, 16, 84, 88, 89, 91, 108, 152, 154, 171, 219, 290, 353, 401
Gerichtssprache 160
Gerichtsstand 39; allgemeiner 39, 42; ausschließlicher 39, 47, 196, 385, 402, 448; besonderer 40, 10, 52
Gerichtstafel, Anheftung 219
Gerichtstag 129, 222
Gerichtsverfassung, Gerichtsverfassungsgesetz 5, 70
Gerichtsvollzieher 25, 212, 399, 423, 12, 16, 89, 163, 354, 409, 439
Geringstes Gebot 451, 461, 469, 444, 459
Gesammtausgebot 458
Gesammthypothek 459, 452, 456
Gesammtschuldverhältniß 398
Gesandte 219
Geschäftsleitung vgl. Vorsitzender
Geschäftsmäßiges Verhandeln 332, 204
Geschäftsvertheilung 67, 37
Gesellschaft 466, 469; (Konkurs) 190, 420; (Partei) vgl. offene Handelsgesellschaft
Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Auflösungsklage 36, 49; Konkurs 472
Gesellschaftsvermögen 466 (Konkurs); 190, 431 (Vollstr.)
Gesindestreitigkeiten 35, 390
Geständniß 156, 262, 57, 58, 153, 173, 363; qualifizirtes 264
Gewahrsam (Pfändung) 423
Gewerbegerichte 11, 35, 71, 392
Gewerkschaft, Gerichtsstand 40
Gewissensvertretung 302
Gewohnheitsrecht 70, 366, 244
Glaube, öffentlicher 467
Glaubenseid vgl. Ueberzeugungseid
Glaubhaftmachen 312; einzelne Fälle: 21, 123, 131, 237, 276, 280, 303, 353, 362, 389, 390, 438, 471
Gläubiger 105, 189, 387, 397
Gläubigerausschuß 473, 476
Gläubigerversammlung 476
Glaubwürdigkeit des Zeugen (Fragen) 290
Grade der Zwangsvollstr. 421
Grenzen des Civilprozeßrechts 63 (örtlich); 53 (persönlich); 63 (zeitlich)
Grenzscheidungsklagen 45
Grenzsteine 269
Grund des Anspruchs, Vorabentscheidung 341, 358, 362
Gründe 174 (Beschluß) vgl. Entscheidungsgründe, Urtheil
Grundsätze der Gerichtsverfassung und des Verfahrens vgl. Advokatur (freie), Anwaltszwang, Beweisregeln, Beweisverbindung, Beweiswürdigung (freie), Cäsur, Deckungssystem, Dispositionsmaxime, Einheit d. mdl. Verhandlung, Eventualmaxime, Gehör (beiderseit.), Individualisirung, Konzentrationsprinzip, Lokalisirung (Anwälte), Löschungssystem, Mündlichkeit, Oeffentlichkeit, Offizialbetrieb, Offizialverfahren, Parteibetrieb, Schriftlichkeit, Substanziirung, Territorialitätsprinzip, Trennung v. Justiz und Verwaltung, Uebernahmesystem, Unmittelbarkeit, Verhandlungsmaxime
Grundschuld vgl. Hypothek
Grundstück (Veräußerung während d. Prozesses) 231; vgl. Beschädigung, Immobiliarmasse
Güterrecht, eheliches (Vollstr.) 420, 431, 466; (Zeugniß) 288

Haft 413, 439 (Vollstr.); 288 (Zeuge)
Haftung: beschränkte 417; dingliche 415, 440; persönliche 416, 440, 445, 452, 467
Handelsbücher 274, 278
Handelsgesellschaft vgl. offene H.
Handelsrichter 12, 14

Digitized by Google

Handelssachen vgl. Kammern für H.
Handlungen, eigene 300, 302; unvertretbare (Vollstr.) 412; vertretbare 411, 403
Haupteid vgl. Parteieid
Hauptintervention 196, 47, 138, 231
Hauptpartei 188, 196, 229
Hauptprozeß (Gerichtsstand) 44
Hauptsache, Gericht (einstw. Verf.) 121; Verhandlung zur H. 202, 236
Hauswirth 217 (Zustellung)
Heimathshafen (Gerichtsstand) 420, 121
Herausgabe von Sachen (Vollstr.) 409, 403, 428, 433, 438
Herstellung d. ehel. Lebens 98, 99, 393, 412
Hinterlegung 123, 434, 435, vgl. Sicherheitsleistung
Höchstbetragshypothek 433
Hohenzollern, Mitglieder d. fürstl. Familie vgl. Landesherren
huissiers 25
hyperocha 423
Hypothek, Hypothekenforderung 45, 101, 104; 427
Hypothekenbrief (Aufgebot) 458
Hypothekengläubiger (Aufgebot) 118

Ignoranzeid 277, 302
Immissionen 270
Immobiliarmasse 441
Incident-Feststellungsklage 251, 378
Individualisirung des Anspruchs 223, 105, 245
Indizien 266, 282
Indossable Papiere (Vollstr.) 425, 427
Inhaberpapiere (Vollstr.) 425
inhibitorium 426
Insolvenz vgl. Zahlungsunfähigkeit
Instanz 33, 215
Instanzenzug 52
instrumenta communia 276
Instrumentszeuge 288
Insuffizienz vgl. Ueberschuldung
intentio 225
Interesse, rechtliches 197, 249
Interesseanspruch 233, 345, 410, 412

Jahresfristen 135
judex ad quem, a quo 373
judex inhabilis vgl. Ausschluß des Richters, judex suspectus vgl. Befangenheit
Judikatshypothek 441, vgl. Sicherungshypothek
jura novit curia 244, 267
justitium vgl. Stillstand der Rechtspflege.
Justizhoheit 5
Justizverwaltung 69, 163, 332; vgl. Landesjustizverwaltung

Kabinetsjustiz 67
Kalendertag (Fälligkeit) 248
Kammern für Handelssachen 14, 37, 47
Kautionshypothek 433
Kindschaftssachen 62, 97, 130, 211, 322, 328
Klagenspruch 224, 376, 379
Klagantrag 225; vgl. Antrag
Klage(schrift) 221, 222, 76, 82, 166; Erhebung 185; Vortrag 244 vgl. Aenderung
Klage auf Ertheilung der Vollstreckungsklausel 396
Klagegrund 224, 148, 232
Klagenhäufung 252, 329 (eventuelle, objektive) 193 (subjektive); Werth des Streitgegenstandes 37
Kläger 187, 189, 209
klassische Zeugen 283
Kollegialgerichte; K. System 14, 12, 16, 22, 26
Kolonialgerichte 5, 10
Kombinationsmethode vgl. Abstimmung
Kommanditgesellschaft, K.-G. auf Aktien vgl. offene Handelsgesellschaft, Aktiengesellschaft
Kommissionen vgl. Ausnahmegerichte
Kompetenz vgl. Zuständigkeit, Gerichtsstand
Kompetenzkonflikt 64
Konkurs: Eröffnung 471, 137, 139; Verfahren 463, 3, 35, 54, 97, 107
Konkursforderungen, Anmeldung 108, 474, 477
Konkursgericht 472
Konkursgläubiger 467
Konkursmasse 465, 440
Konkurstabelle 474, 108
Konkursverwalter 473, 187, 467

Digitized by Google

konstitutives Urtheil 380, 393
Konsulargerichte 5, 10
Konsuln 219 (Zustellung) vgl. Rechtshilfe
Konsumtion des Klaganspruchs 379
kontradiktorisch (Verhandlung Urtheil) 90, 256, 336
Konventionalprozeß 4, 54
Konzentrationsprinzip 79
Körperliche Sachen (Vollstr.) 423
Körperschaft, Gerichtsstand 41; Zustell. 216
Kostbarkeiten 424
Kosten des Konkurses 470
Kosten des Rechtsstreits 350, 39, 80, 133, 171, 206, 260, 325; Empfangnahme 204; vgl. Erstattung, Festsetzung, Vorschuß
Kosten der Vollstreckung 412
Kostenentscheidung 336, 350
Kostenpunkt, Anfechtung 358, 372
Kostenrechnung 353
Kraftloserklärung von Urkunden 118
Krieg (Einfluß auf d. Verfahren) 137, 138

Ladung 167, 211, 25, 84, 290, 129, 217, 219, 435
Ladungsfrist 133, 102, 107
Laienrichter 12, 14
Landesgericht, oberstes (Bayern) 6, 12, 56, 366
Landesherren, Mitglieder der landesherrl. Familien 10 (besondere Gerichte); 292 (Eid); 126, 286 (Terminsort); 53 (Verfahren)
Landesjustizverwaltung 5, 14, 15, 24, 26, 27, 67, 69, 128, 163
Landesrecht 5, 9, 64, 69, 70, 367 (Revision)
Landgericht 11; 112, 117 (Anfechtungsklagen); 162 (Anwaltszwang); 17 (Besetzung); 93 (Berufung); 36, 21 (Zuständigkeit)
laudatio auctoris vgl. Urheberbenennung
Läuterungsurtheil 308, 358
Lebensalter 17, 18 (Abstimmung); 14 (Handelsrichter); 13 (Reichsgerichtsrath); 284 (Zeugeneid) vgl. Dienstalter
Legitimation vgl. Sachlegitimation, Vertreter
Lehngüter vgl. Fideikommißgüter
Leistung des Eides vgl. Eid
Leistungsklage, Leistungsurtheil 247, 376, 2, 180
Leugnen, motivirtes 255, 256
limine, Abweisung a. l. 226
Liquidität der Gegenforderung 340
Liste der Rechtsanwälte 28
Litisdenuntiation vgl. Streitverkündung
Litiskontestation 184, 379; 254 (negative)
Litteratur 72
Lokalisirung der Rechtsanwälte 27
Löschungssystem 443, 445

Mahnverfahren 104, 3, 35, 49, 54, 97, 133, 182, 189
Mandatsprozeß 104
Mängel (des Verfahrens) 361
Mängelbeweis 313
Massegläubiger 470
Massekosten, Masseschulden 470
Meistgebot 453, 454
Meß- und Marktsachen 92, 132 (Einlassungsfrist); 43 (Gerichtsstand); 133 (Ladungsfrist)
Miethsrecht, Miethszins (Zwangsverst.) 446, 453, 462
Miethsstreitigkeiten 35, 390
Militärärzte, (Pfändung) 431
Militärpersonen (Gerichtsstand) 40
Miteigenthum 469 (Konkurs); an Grundstücken (Vollstr.) 441
Miterben (Vollstr.) 431, 449
Mittagstunde (Konkurs) 472
mündliche Verhandlung obligatorische, 146, 155, 77, 241 vgl. fakultative m. V. und Verhandlung
Mündlichkeit, Grundsatz 142, 77, 152, 280, 327, 357
„müssen" 165, 166

Nacheid 285
Nacherbfolge 137, 138, 396
Nachlaß (Vollstr.) 420
Nachlaßgläubiger (Aufgebot) 118
Nachlaßkonkurs 466, 472
Nachlaßpfleger 187
Nachlaßschulden 417
Nachlaßverwaltung 136, 138

Digitized by Google

Nachschußberechnung vgl. Vorschußberechnung
Nachtheil (nicht zu ersetzender) 389, 390
nachträgliches Vorbringen 80
Nachtragsurtheil 356
Nachtzeit 217
Nachverfahren 340, 338, 356
Naturereignisse 316, 320
Nebenintervention 197, 166, 231, 360, 378
Nebenpartei 189, 197
Nebeneid vgl. Zeugeneid
Nebenprotokoll 161
Neffe, Nichte vgl. Zeugnißverweigerung
Nichterscheinen vgl. Versäumniß
Nichtigkeitsklage 384, 49, 183, 192; als Ehesache 99, 210, 323
Niederlassung, Gerichtsstand 41, 472
Niederlegung (Abschriften) 212, 217
Niederschlagen d. Gebühren 353
Nießbrauch (Vollstr.) 431
nominatio auctoris vgl. Urheberbenennung
Norm des Eides 292, 301, 335, 86, 307
Notar (Zeuge) 287
Notarielle Urkunden vgl. vollstreckbare U.
Notheid vgl. richterlicher Eid
Nothfristen 132, 316, 54, 55, 89, 135, 139, 213; Beispiele 117, 299, 325, 359, 373, 384, 385
Nothwendige Streitgenossen vgl. Streitgenossen
Notorietät vgl. offenkundige Thatsachen
novum judicium 360
Nutznießung, ehem., elterl., (Vollstr.) 420, 431
Nutzungen (Werth d. Streitgegenst.) 38

Oberappellation 358
Oberlandesgericht, Besetzung Zuständigkeit 11, 15, 17, 34, 89; Beschwerde gegen Beschlüsse des Ehrengerichts 30; Rechtshilfe 52
Oberlandeskulturgericht 11
Oberseeamt 10
Offenbarungseid, materiellrechtl. 437, 226; prozess. 437, 33, 410
offene Handelsgesellschaft 190, 420, 466, 471
offener Arrest 472
offenkundige Thatsachen 261, 230, 396
öffentliche Ordnung, Gefährdung 127
öffentliche Urkunde 273
Oeffentlichkeit 126, 152
Offizialbetrieb 129, 208, 209, 327
Offizialverfahren 55, 473
Offiziere (Vollstr.) 431
Ordentliches Verfahren 97, 108
Ordrepapiere (Vollstr.) 425, 427

Partei, Begriff 186, 397
Parteibetrieb 209
Parteieid vgl. Eid
Parteifähigkeit 190, 238
Parteiprozeß 91
Parteivortrag 163, vgl. Untersagung
Partikularkonkurs 443, 446
Partikularrecht vgl. Landesrecht
Passivlegitimation 251
Patentamt 9, 392
Perhorrescenzeid 21
perpetuatio fori 228
Personen, vgl. Partei-, Prozeßfähigkeit
Personalarrest 120
petita partium, ne eat judex ultra pet. part. 242
petitum 225
Pfandrecht 120, 468
Pfändung 423, 120, 422
Pfändungsbeschluß 426
Pfändungspfandrecht 422, 478
Pfändungsprotokoll 400, 426
Pfandzeichen 424
Pflichttheilsanspruch (Pfändung) 430
pignus in causa judicati captum, p. judiciale 422
Plenum, Plenarentscheidung (Reichsgericht) 15
Post, Zustellung durch die P. 218, 220, vgl. Aufgabe zur P.
Posthalterei (Pfändung) 466
präjudiziell vgl. abhängig sein
Präjudizienkultus 343
Präklusion 77, 92, 237 vgl. Versäumniß
Präsentatum vgl. Eingangsvermerk
Präsident des Reichsgerichts 30
Präsidium 68

Digitized by Google

praesumtio hominis 350
praesumtio juris 349
praesumtio juris et de jure 154, 155, 350
preußischer Prozeß 228, 399, 443
prior tempore, potior jure (Pfänd.) 422 vgl. Rangordnung
Prisengerichte 10
Privatgerichtsbarkeit 2, 5
Privatrechtliche Ansprüche 3, 65
Privaturkunde 273
probatio incumbit ei qui dicit 348
probatio pro exoneranda conscientia vgl. Gewissensvertretung
Promissorischer Eid 284
Prorogation vgl. Vereinbarung der Zuständigkeit
Protokoll: des Gerichtsschreibers (Beispiele) 76, 92, 121, 222, 289, 401, 436; des Gerichtsvollziehers vgl. Pfändungsprotokoll; Sitzungsprotokoll 152, 23, 156, 161, 170
provocatio ex lege diffamari 250
Prozeß 75, 141
Prozeßagent 204, 332
Prozeßarten 96, 253
Prozeßbegründung 76
Prozeßbetrieb 208
Prozeßbevollmächtigter 203, 89, 152, 170, 196, 214, 317
Prozeßerledigung 76, 136
Prozeßfähigkeit 191, 164, 238; Verlust 136
Prozeßgericht 32, 143
Prozeßhindernde Einreden 235, 76, 78, 92, 93, 192, 333, 358, 362
Prozeßleitende Entscheidungen 169
Prozeßleitung 79, 169, 327, 332
Prozeßrecht 5 vgl. Civilprozeß
Prozeßrechtsverhältniß 176, 183, 4 76, 82, 136, 198, 221, 355
Prozeßverträge 60
Prozeßvollmacht 204, 107, 240
Prozeßvoraussetzungen 77, 192
Prüfungstermin 472, 474, 108, 130
Punktensachen 93
purificatoria vgl. Läuterungsurtheil

Qualifizirtes Geständniß 264
querela simplex 370
Quittung (Gerichtsvollzieher) 400
quod non est in actis, non est in mundo 245

Rangordnung 470 (Konkurs); 422, 434 (Pfändungspfandrechte); 456 (Zwangsversteig.)
Räumungsklage 248
Reallasten 45 (Gerichtsstand)
Rechnungslegung 225
Rechnungssachen vgl. vorbereitendes Verfahren
rechtliche Erörterungen 144
Rechtsanwalt 26, 12, 82, 85, 89, 91, 137, 204, 332; 287 (Zeuge); vgl. Anwaltszwang
Rechtsbehelf (Einspruch, Widerspruch, Anfechtungsklage) 324, 356, 117
rechtsbegründende Thatsachen 349
Rechtsfähigkeit 190
Rechtsgefährdung 2, 250
Rechtsgemeinschaft 194, 469
Rechtsgeschäfte, prozessuale 177
Rechtshängigkeit 227, 50, 82, 105, 106, 107, 197, 238
Rechtshilfe 51
rechtshindernde Thatsachen 254, 349
Rechtskonsulenten vgl. Prozeßagenten
Rechtskraft 374, 229, 23, 89, 90, 96, 102, 197, 455, 473; Zeugniß der R. 23, 394
Rechtsmittel 356, 215, 33, 89, 117, 188, 409; außerordentliche 383
Rechtsnachfolge 228, 396
„Rechtsnorm" 366
Rechtsquellen 70
Rechtsschutz 177
„Rechtsstreit" 1, 3
Rechtsverletzung 2, 246
Rechtsvermuthung 349, 58, 64
rechtsvernichtende Thatsachen 350
Rechtsvorgänger 288, 300
Rechtsweg (Zulässigkeit) 64, 4, 53, 238, 321, 365, 369
Reexamination 291
Referendar vgl. Vorbereitungsdienst
Referent vgl. Berichterstatter
reformatio in pejus 363
Reichsanzeiger 116, 220 (öffentl. Ladung)
Reichsbeamte: Ansprüche gegen sie 36; Gerichtsstand 40
Reichseisenbahnamt 10
Reichsfiskus vgl. Fiskus, Reichsbeamte
Reichsgericht 5, 9, 11, 15 (Besetzung); 24 (Gerichtsschreiberei); 26 (Ge-

Digitized by Google

richtsvollzieher); 372 (Geschäftslast); 52 (Rechtshilfe); 64, 366, 372 (Zuständigkeit)
Reichsgerichtsrath 13
Reichsjustizamt 69
Reichsjustizgesetze 70, 6, 9
Reichskanzler 24, 26
Reichsstempelabgaben 36 (Gerichtsstand)
Reichsversicherungsamt 10
Reinigungseid 310
Reise, Streitigkeiten aus Anlaß d. R. 35, 390
Rentenschuld vgl. Hypothek
Replik 148, 260
Residenzpflicht vgl. Rechtsanwalt
res judicata jus facit inter partes 379
Restitutionsklage 384, 49, 59, 297, 356
Retorsion 63
Revisible Normen 367
Revision 364, 50, 90, 94, 128, 192; Anträge 368
Revisionsgründe, absolute 367
Revisionsinstanz 331
Revisionsschrift 368, 166
Revisionssumme 312, 375
Rheinschifffahrtsgerichte 10
„Richter" 12, 22; 66
richterlicher Eid vgl. Eid
Rubrum 170
Rügerecht 175, 78, 206, 284, 304
Ruhegehalt (Pfändung) 431
Ruhen des Verfahrens 138, 319

Sachbeschädigung vgl. Beschädigung, forum delicti commissi
Sachdienlichkeit 291 (Fragen); 328 (Anträge)
Sachlegitimation 251; mangelnde 229, 230
„Sachstand" 173
Sachurtheil 336
Sachverständige 155, 268, 84, 153, 281, 313; von Amtswegen 37, 110, 113, 270, 329
Sachverständigenpflicht 282
Schäden als Nebenforderung 38
Schadensersatzpflicht (Kläger) 389
Schadensklage 345
Schätzung, eidliche 346
Scheidungsklage, Scheidungsurtheil 98, 99, 210, 380
Schiedseid vgl. Parteieid (zugeschobener)
Schiedsvertrag 385; Einrede des Sch. 238
Schiedsrichterliches Verfahren 2, 3, 385
Schiedsspruch 2, 385, 390, 391
Schiffe (Vollstr.) 441, 461
Schiffer, Streitigkeiten mit Reisenden 35, 390
Schiffsgläubiger (Aufgebot) 118
Schiffspart (Vollstr.) 426, 431
Schlußrechnung, Schlußtermin 475
Schlußurtheil vgl. Urtheil
Schlußvertheilung 475
Schreibfehler im Urtheile 355
Schreibgebühren vgl. Gebühren
Schrift, Schriftlichkeit 143, 149, 161, 357
Schriftsatz 80, 163; bestimmender 165, 82, 89, 129, 163, 200, 201, 211, 223, 324, 359, 368, 373; vorbereitender 150, 163, 133, 173
Schriftvergleichung 272
Schuldner 106, 189, 387, 397
Schuldtitel, vollstreckbarer 388, 106, 108, 109, 247, 353, 387, 433, 464, 474, 478
Schuldübernahme (Ersteher) 452
Schutzgebiete vgl. Kolonialgerichte
scriptura pro scribente non probat 274
Seeamt 10
Seelsorge (Zeugniß) 287
Seeschiffe (Vollstr.) 461
„selbständig" vgl. Angriffsmittel, Beschwerdegrund
Selbsthilfe 387
Separation vgl. Agrargerichte
Sequester 428, 434
Sequestration vgl. Zwangsverwaltung
Sicherheit f. d. Prozeßkosten 238, 333
Sicherheitsleistung: Mittel 55, 332; Beispiele 124 (Arrest); 389 (vorl. Vollstr.); 409 (Aufheb. d. Zwangsvollstr.); 453 (Zwangsverst.)
Sicherheitsmaßregeln, vorläufige (Konkurs) 471
Sicherheitsmittel, prozessualische 181
Sicherstellung (Zwangsvergleich) 477

Digitized by Google

Sicherung: von Ansprüchen 119 (Arrest); des Beweises 312, 35, 181
Sicherungshypothek 440, 441, 457, 8, 120, 429
Siegel 424
Sittlichkeit, Gefährdung (Ausschl. d. Oeffentl.) 127
Sitzungspolizei 126, 23
Sitzungsprotokoll vgl. Protokoll „soll" 165
Sonntage 134 (Fristberechnung); 217 (Zustellung); 400 (Pfändung)
Sprache vgl. Gerichtssprache
Staatsanwalt 30, 187, 12, 98, 110, 190
Staatsverträge (Rechtshilfe) 52
Stammgüter vgl. Fideikommißgüter
Sterbefälle (Zeugniß) 288
Stillstand der Rechtspflege 137, 241
Stimmrecht vgl. Abstimmung
strafbare Handlungen 331 vgl. Restitutionsklage
Strafgebühr 79, 133, 333
Strafprozeß: Einfluß auf Civilprozeß 59, 331; Unterschied v. C. 54, 57
Strafurtheil (bindend für Civilrichter?) 59
Streitgegenstand 37, 372
Streitgenossen 193, 199; nothwendige 113, 194, 197, 298, 360
„Streitstand" 173
Streitverkündung 200, 166, 199, 434
stumme Personen 160, 292
Stundenfrist 135
Subhastation vgl. Zwangsversteigerung
Substanziirung des Anspruchs 223, 105, 323
Substitution 205
Sühne, Sühneversuch 98, 22, 35, 391
summarisches Verfahren 96, 100
Suspensiveffekt vgl. aufschiebende Wirkung

Tagesfristen 134
taube Personen 160
tempus utile 135
Termin 128, 82, 86, 89, 355
Terminsbestimmung 226, 129, 211, 221
Territorialitätsprinzip 63
Testamentsvollstrecker 187, 420
testes de auditu 282
testes tracti 288
Thatbestand des Urtheils 155, 172, 88, 148, 361, 364, 377
Theilungsplan 435, 456, 462
Theilurtheil 337, 88, 95, 253, 329, 388, 390
Tod: der Partei 136, 138, 228, 305; des Rechtsanwalts 137; des gesetzl. Vertreters 136, 138
Todeserklärung 117, 116
Trennung von Justiz und Verwaltung 66
Trennung in mehrere Prozesse 329, 79
Trunksucht vgl. Entmündigung

Uebernahmesystem 443, 445
Ueberschuldung 472
Ueberweisung von Forderungen 432
Ueberzeugungseid 293, 301, 311
Unabhängigkeit des Richters 66
Unabsetzbarkeit des Richters 66
unanfechtbare Entscheidungen 354, 358; Beispiele: 21, 39, 105, 114, 115, 131, 135, 330, 358
unbewegliches Vermögen (Vollstr.) 439, 421
Unehre (Zeugniß) 287
unerlaubte Handlungen, Gerichtsstand 43
unerwachsene Personen, (Zutritt zur öffentl. Verhandl.) 128
Unfähigkeit zur Eidesleistung 306, 284
Unfähigkeit, relative U. des Richters 20
Universitätslehrer (als Richter) 13
Unmittelbarkeit, Grundsatz 143, 157, 344
Unpfändbarkeit: Forderungen 430; körperliche Sachen 424; für Konkurs 466
unstreitige Thatsachen 156, 173, 262
Unterbrechung des Verfahrens 136; der Verjährung, Fristen 220
Unterhaltsansprüche 390, 431, 470
Unterlassung (Urtheil auf) 413, 403
Untersagung des weiteren Vortrags 332

Digitized by Google

Unterwerfung unter Zwangsvollstr. 392
Unversetzbarkeit des Richters 67
unzulässige Fragen 291; u. Vollstreckungsklausel 404, 409; u. Zwangsvollstreckung 407; vgl. verwerfen als unzulässig
Unzuständigkeit 38, 48, 92; Einrede 237, 321, 365, 369
Urheberbenennung 201
Urkunde 270, 80, 85, 154, 180, 230, 249; 118 (Aufgebot); öffentliche, öffentlich beglaubigte, private 271, 280, 395 vgl. Restitutionsklage
Urkunde, vollstreckbare 97, 391, 394, 396, 407
Urkundenbeweis 159, 271, 275, 346
Urkundenprozeß 100, 97, 132, 166, 181, 238, 258, 305, 362, 389
Urkundsperson 271, 273
Urschrift 280
Urtheil 170, 342, 375, 88, 177, 241, 335, 355; Abfassung 88; Ausfertigung 23; bedingtes 304, 85, 211; in Ehesachen 210; Formel 171, 361, 168, 398, 407, 416, 436; Frist 147, 167; Gründe 128, 169; Schlußurtheil 338, 88; Theilurtheil 337; Verkündung 23, 88, 127, 147; Verzeichniß 88; Vollurtheil 337; Vorbehaltsurtheil 338, 95, 100, 103, 117, 330, 336, 356, 362, 388, 417; Zustellung 89, 210 vgl Berichtigung, Entscheidung, kontradiktorisch, Rechtskraft, Sachurtheil, Thatbestand, Versäumnißurtheil

Veräußerung während d. Proz. 228
Verbindung: von Ansprüchen (vgl. Klagenhäufung (objektive); von Prozessen 330, 113, 117, 338
verdächtige Zeugen 283
Vereinbarung der Zuständigkeit 46, 34, 61
Vereinbarungen der Parteien 138, 139, 141
Vereine, rechtsfähige 216, 466; nicht rechtsf. 191, 419, 466
vereinfachte Zustellung vgl. Zustellung
vereinigte Civilsenate (Reichsgericht) 15
Vereitelung der Vollstreckung vgl. Arrestgrund
Verfahren 3, 189; ordentliches, besonderes 97
Verfügungsbeschränkung 466
Verfügungsverbot 427
Vergleich 55, 56, 61, 152, 205, 241, 391
Verhandeln 321
Verhandlung (mündliche) 77, 24, 241, 83, 122, 146, 363, 390 vgl. fakultative m. Verh.
Verhandlung, Beginn 239, 242; zur Hauptsache 46, 78, 92, 202, 299
Verhandlungsmaxime 56, 242, 346
Verhinderung des Richters 19, 47
Verjährung 220
Verkündung 139, 147, 153, 167
Verkündungstermin 83, 88, 168, 210, 299
Verkündungsvermerk 171
Verlängerung von Fristen 135
Verlegung eines Termins 131, 355
Verlesen der Anträge vgl. Antrag
Verletzung des Gesetzes (Revisionsgrund) 366
Verlobte (Zeugen) 284, 286
Vermächtnißnehmer 118 (Aufgebot), 418 (Vollstr.)
Vermögen, Gerichtsstand des 42
Vermögensangelegenheiten (Zeugniß) 288
Vermögensrechtliche Ansprüche 35, 40, 42, 46, 53, 237, 365
Vermögensrechtlicher Schaden 285, 287
Vermögensverwaltung, Gerichtsstand 43
Vermögensverzeichniß (Klage) 225
Vermuthung vgl. praesumtio
Versäumniß 313, 358; 194 (nothw. Streitgenossen)
Versäumnißurtheil 319, 106, 133, 140, 168, 191, 206, 225, 299, 318, 356, 358, 362, 437; zweites V. 326, 389
Versäumnißverfahren 319, 90, 99, 364, 401
Verschweigen 115
Verschwender vgl. Entmündigung
Verschwiegenheit 286
Versicherung an Eidesstatt 116, 312

Digitized by Google

Verstandesschwäche (Zeuge) 284
Versteigerung 425 (Mobilien); 450 (Immobilien)
Versteigerungsbedingungen 453
Versteigerungserlös, Anspruch auf Befriedigung aus 455
Versteigerungsvermerk 448, 449, 451, 456
Vertagung 83, 95, 131, 320, 324
Vertheidigung 253, 101
Vertheidigungsmittel 101, 103; vgl. Angriffsmittel, selbständig
Vertheilung (Konkurs) 477
Vertheilung der Zwangshypothek 442
Vertheilungsverfahren 434, 456, 33, 462
Vertretbare Handlungen (Vollstr.) 411; Sachen, Werthpapiere 101, 104
Vertreter 288, 300 (Zeugniß, Eid)
Vertreter, Bestellung für den Prozeß 112, 192
Vertreter, gesetzlicher 192, 136, 152, 170, 203, 239
Verwalter vgl. Konkursverwalter, Zwangsverwalter
Verwaltung (Unterschied von Justiz) 65
Verwaltungsbehörden, -Gerichte (Zuständigkeit) 9
Verwaltungsstreitverfahren 59
Verwaltungszwangsverfahren 386
Verwandtschaft (Zeuge) 286; vgl. Ablehnung, Entmündigung
Verweigerung des Eides 296, 297, 363; der Verhandlung 202 vgl. Einlassung; des Zeugnisses 286
Verweigerung des Zeugnisses 284, 288
Verweisung a. d. zust. Gericht 38
„verwerfen als unzulässig" 325, 337, 360, 361, 371, 374, 385
Verzicht auf den Anspruch 241, 56, 152, 156, 168, 205; auf Beeidigung von Zeugen 284
Verzicht auf die Berufung 359, auf prozessuale Rechte 61; auf die Revision 369, auf ein. Zeugen 291
Verzögerung 79; 316 (Zustellung)
Viehmängel 35
Vollmacht vgl. Prozeßvollmacht
Vollstreckbarer Schuldtitel vgl. Schuldtitel
Vollstreckbarkeit 388, 393, 248; vorläufige V. 388, 38, 100, 106, 257 326, 333, 409, 414, 442
Vollstreckungsbefehl 106, 326, 391, 442
Vollstreckungsgegenklage 406, 414, 458, 215, 239, 379, 396
Vollstreckungsgericht 32, 401, 26, 35, 405, 411, 426, 438, 450
Vollstreckungshandlungen 25
Vollstreckungsklausel 393, 125, 231, 397, 402; Einwendungen gegen ihre Zulässigkeit 404, 409
Vollstreckungskosten 444, 456, 462; (Vorauszahlung) 412
Vollstreckungsurtheil 390
Vollurtheil vgl. Urtheil
Vollziehung des Arrestes 125, 423
Vorabentscheidung 236 (prozeßhind. Einrede) 341 (über den Grund des Anspruchs)
Vorbehaltsurtheil vgl. Urtheil
Vorbereitendes Verfahren 81, 93, 130, 164, 210
Vorbereitungsdienst 13, 17
Voreid 284
Vorführung (Zeuge) 288
Vormerkung 121, 414, 451, 478
Vorpfändung 428
Vorschuß (Kosten) 333, 351
Vorschußberechnung (Konkurs d. Genoss.) 49, 108, 392
Vorsitz 68
Vorsitzender, Befugnisse 327, 396, 16, 17, 82, 84, 87, 94, 98, 112, 121, 129, 135, 152, 154, 171, 192, 211, 219, 221, 226, 231, 290, 320, 335
Vorsteher (Zustellung) 216
Vortrag der Partei 163, 244, 291
Vorzugsrecht (Konkurs) 470

Wahrheit, formelle 58
Wahrheitseid 293 301
Wahrnehmungen, eigene 282 vgl. Handlungen
Wechselbereicherungsanspruch 101
Wechselprozeß 101, 132, 133 vgl. Urkundenprozeß
Werth des Streitgegenstands 37, 372
Werthpapiere (Vollstr.) 424, vgl. vertretb. Sachen

Digitized by Google

Wettbewerb, unlauterer 49
Widerklage 257, 223, 251, 337; Gerichtsstand 46; Rechtskraft 376; Trennung 329, 79; Zulässigkeit 113
Widerruf des Geständnisses 265, des Eides 303, 305
Widerspruch: gegen Arrestbeschluß 122, 124, 356; Klageänderung 234; Konkursforderung 474, 118, 381, 464; Pflicht zum Offenbarungseide 438; Richtigkeit des Grundbuchs 121, 451; im Urkundenprozeß 338, 101; gegen Vertheilungsplan 435, 458, 462; Zahlungsbefehl 106, 326, 356; Zulassung des Nebenintervenienten 200
Widerspruchsklage 408, 422, 423, 425
Wiederaufhebung d. Entmündigung 113
Wiederaufnahme des Verfahrens 384, 215, 409
Wiedereinsetzung in den vorigen Stand 316, 55, 337, 409
wiederkehrende Leistungen 248, 444, 456, 463
Wildschaden (Gerichtsstand) 35
Willenserklärung (Urtheil auf) 414, 395, 403
Winkelkonsulenten vgl. Prozeßagenten
Wohnsitz 40

Zahlung (an Gerichtsvollz.) 400, vgl. Geldforderung
Zahlungsbefehl 105, 166, 222, 356
Zahlungseinstellung 471
Zahlungsfristen 453 (Ersteher)
Zahlungsstatt (Ueberweisung a. Z.) 432
Zahlungsunfähigkeit 471
Zeitversäumniß (Zeuge) 291
Zeuge 281, 158, 373, 80, 84, 153, 181, 313, 333
Zeugeneid 283, 285, 290
Zeugniß: amtliches 273; über die Rechtskraft 23, 375, 394, 402
Zeugnißpflicht 282, 285
Zeugnißverweigerung 286
Zinsen: 470 (Konkurs), 38 (Werth des Streitgegenstandes), 456 (Zwangsverst.), 463 (Zwangsverw.)
Zubehör (Vollstr.) 421, 447, 452
Zufall vgl. Naturereignisse
Zug um Zug Leistung 395
Zulässigkeit des Aufgebots, Einspruchs, der Rechtsmittel, des Urkundenprozesses, des Wiederaufnahmeverfahrens (Prüfung von Amtswegen); vgl. Aufgebot, Einspruch, Berufung, Revision ꝛc.
Zurückbehaltungsrecht 468
Zurücknahme: Berufung 359; Klage 166, 239, 323; Revision 369
Zurückschiebung des Eides 296, 363
Zurückverweisung 215, 337, 362
Zurückweisung: der Berufung 361, d. Beschwerde 374; eines ungesicherten Gebots 453; von Parteivertretern ꝛc. 332; von Vertheidigungsmitteln 80, 95, 333, 339
Zusammenhang, Gerichtsstand des Z. 44; vgl. Widerklage
Zusammenhang, rechtlicher 257, 329, 330
Zusatzberechnung vgl. Vorschußberechnung
Zuschiebung des Eides 295, 348, 362
Zuschlag 454, 444, 452
Zuständigkeit 48, 164, 228; ausschließliche 49, (Beispiele:) 32, 98, 110, 112, 115, 117; örtliche 39, 34, 51; sachliche 34, 33, 51; vgl. Gerichtsstand
Zustellung 212, 25, 63, 82, 89, 91, 93, 99, 105, 111, 113, 162, 163, 169, 176, 204, 210, 396, 427, 448; von Amtswegen 220, 89, 210; vereinfachte 220; vgl. Anwalt, Post.
Zustellungsbevollmächtigter 215, 216
Zustellungsurkunde 217, 320
Zutritt zu öffentl. Verhandlg. (Versagung) 128
Zwang, mittelbarer, unmittelb. 403
Zwangshaft, vgl. Haft
Zwangshypothek 441
Zwangsvergleich 476, 392
Zwangsversteigerung 442, 469, 333, 72, 429; z. Zwecke d. Aufh. einer Gemeinsch. 8
Zwangsverwalter 462
Zwangsverwaltung 461, 3, 33, 72, 429, 469
Zwangsvollstreckung 386, 1, 3, 16, 32, 54, 75, 230, 247, 248; antizipirte

Digitized by Google

478 — Beginn 409, 405, 427; Z. wegen Geldforderungen 415: in das bewegliche Vermögen (körperliche Sachen — Forderungen und andere Vermögensrechte) 421, 423, 426; in das unbewegliche Vermögen 439 (Sicherungshypothek 441, Zwangsversteigerung 442, Zwangsverwaltung 461); Z. auf Herausgabe von Sachen 409; Z. zur Erwirkung von Handlungen, Unterlassungen 411; Z. zur Erwirkung von Willenserklärungen 414 — Aufhebung, Einstellung der Z. 408 — Organe 399 — Zulässigkeit 404, 424, 430, 465; vgl. Schuldtitel, Vollstreckbarkeit, Vollstreckungsklausel, Versteigerung, Vertheilungsverfahren
zwingendes Prozeßrecht 56
Zwischenfeststellungsklage 378
Zwischenfristen 132, 135
Zwischenstreit 340, 200, 232, 240, 252, 289, 304
Zwischenurtheil 340, 79, 94, 148, 200, 232, 236, 289, 304, 318, 325, 329, 371.

Digitized by Google

Der Civilprozeß

Geschichte und System

von

Arthur Engelmann

Oberlandesgerichtsrath

I. Band: **Allgemeiner Theil.** . . . . . Mk. 2,80

II. Band: **Geschichte des Civilprozeßes**

Erstes Heft:

Der mittelalterlich-deutsche Prozeß . . . . . Mk. 1,60

Zweites Heft:

Der römische Civilprozeß . . . . . Mk. 2,40

Drittes Heft:

Der romanisch-kanonische Prozeß und die Entwicklung des Prozeßrechts in Deutschland bis zum Erlaß der deutschen Civilprozeßordnung. . . . . Mk. 3,20

Das

Preußische Privatrecht

und das

Privatrecht des deutschen Reiches

in Anknüpfung an das gemeine Recht

systematisch dargestellt

von

Arthur Engelmann

Oberlandesgerichtsrath

Sechste vermehrte Auflage

(1896)

Preis: Broschirt 8 Mark, gebunden 9 Mark

Der Weg der Gesetzgebung in Preußen

von

Dr. Max Fleischmann

Gerichts-Assessor

Preis: 3,60 Mark

„eine vollkommen erschöpfende und zuverlässige, von wissenschaftlichem Geiste getragene Darstellung der Materie" (Prof. Anschütz in d. Brand.-Preuß. Forschung. Bd. XII)

„. . . so viel Stoff der Belehrung und Anregung, daß dem Verfasser für seine Arbeit voller Dank gebührt" (Gruchots Beiträge 1899)

H. Fleischmann, Breslau, Ohlauerstr. 8.

Digitized by Google

Verlag von M. & H. Marcus in Breslau

Gesetz über die Fürsorgeerziehung Minderjähriger vom 2. Juli 1900 nebst den Ausführungsbestimmungen erläutert von Amtsgerichtsrath Dr. Oscar Wittig. Gebunden in Leinwand . . . . . 2,00 Mk.

„Das Buch sollte in keiner Bibliothek eines Vormundschaftsrichters und überhaupt an keiner Stelle fehlen, an der es der Bekämpfung der Verwahrlosung jugendlicher Personen gilt." Breslauer Ztg. vom 21. 4. 01

Die Verfassungs-Urkunde für den Preußischen Staat vom 31. Januar 1850. Nebst Ergänzungs- und Ausführungsgesetzen. Kommentirt von Dr. jur. et phil. E. Schwartz. Zweite Ausgabe, vermehrt durch ergänzende Vorbemerkungen und einen völlig umgearbeiteten Stammbaum des Preußischen Königshauses. Elegant in Halbfranz gebunden 15,00 Mk.

Prof. Dr. Laband faßt in der „Deutschen Juristenzeitung" sein Urteil über das Werk in folgenden Worten zusammen:

„Das Werk ist eine wirkliche Bereicherung der Litteratur des preuß. Staatsrechts und wird jedem willkommen sein, der durch Beruf oder Neigung veranlaßt ist, sich mit dem öffentlichen Recht Preußens zu beschäftigen."

Abhandlungen aus dem Staats- und Verwaltungsrecht, herausgegeben von Dr. Siegfried Brie, ord. Professor der Rechte an der Universität Breslau.

Heft I. Der Weg der Gesetzgebung in Preußen mit vergleichender Rücksicht auf die Verfassungen anderer Staaten dargestellt von Gerichts-Assessor Dr. Max Fleischmann . . . . . 3,60 Mk.

Heft II. Das Recht der provisorischen Gesetzgebung, in Sonderheit nach preußischem Staatsrecht von Dr. Felix Glatzer . . . 3,50 Mk.

Heft III. Das Deutsche Reichsrecht im Verhältnisse zum Landesrechte. Eine geschichtliche und dogmatische Entwickelung des Grundsatzes, daß „die Reichsgesetze den Landesgesetzen vorgehen", (R. V. a 2) unter eingehender Berücksichtigung der modernen bürgerlichen Gesetzgebung von Dr. Paul Posener. . . . . 5,00 Mk.

Heft IV. Dispensationsbegriff und Dispensationsgewalt auf dem Gebiete des deutschen Staatsrechts von Dr. Julius Steinitz. . 2,60 Mk.

Die Lehre vom Gewohnheitsrecht. Eine historisch-dogmatische Untersuchung von Professor Dr. Siegfried Brie. Erster Theil. Geschichtliche Grundlegung. (Bis zum Ausgang des Mittelalters). . . . 8,00 Mk.

Hundert Stellen aus dem Corpus Iuris (Digesten) mit ausführlicher Interpretation. Für Studirende herausgegeben von Oscar Mandowski. Vierte vermehrte und verbesserte Auflage. In Leinwand gebunden . . . . . 3,00 Mk.

Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, herausgegeben von Dr. Otto Gierke, Professor der Rechte an der Universität Berlin.

Bisher sind 63 Hefte erschienen. Inhaltsverzeichnisse gratis und franko.

Ex 12/29/20

Digitized by Google

Verlag von M. & H. Marcus in Breslau, Kaiser Wilhelmstr. 8.

Der Civilprozeß

Geschichte und System

von

Arthur Engelmann

Oberlandesgerichtsrath

I. Band: **Allgemeiner Theil.** . . . . . Mk. 2,80

II. Band: **Geschichte des Civilprozesses**

Erstes Heft:

Der mittelalterlich-deutsche Prozeß . . . . . Mk. 1,60

Zweites Heft:

Der römische Civilprozeß . . . . . Mk. 2,40

Drittes Heft:

Der romanisch-kanonische Prozeß und die Entwicklung des Prozeßrechts in Deutschland bis zum Erlaß der deutschen Civilprozeßordnung. . . . . Mk. 3,20

Das

Preußische Privatrecht

und das

Privatrecht des deutschen Reiches

in Anknüpfung an das gemeine Recht

systematisch dargestellt

von

Arthur Engelmann

Oberlandesgerichtsrath

Sechste vermehrte Auflage

(1896)

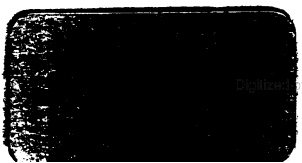
Preis: Broschirt 8 Mark, gebunden 9 Mark.

H. Fleischmann, Breslau, Ohlauerstr. 8.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google



Digitized by Google